

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADO

“INSTITUCIONES JURIDICAS DEL
MATRIMONIO APLICABLES A LAS
UNIONES DE HECHO ENTRE PERSONAS DEL
MISMO SEXO”

AUTOR: CARLOS DAVID CALDERON FUEL

DIRECTOR: DR. ROQUE ALBUJA

QUITO, 2013

Agradezco a Dios, mi amigo, padre, mi universo, por ser mi guía y apoyo incondicional, por llevarme en sus hombros y mostrarme el camino de la felicidad y el éxito, aquel camino que solo se consigue con amor y dedicación; a mis padres, mi hermana, quienes estando lejos llenan día a día mis brazos y alma de esperanza.

Dedico esta Tesis a la vida, porque con sus vicisitudes me hace crecer y amarla; a aquellas personas que buscan la reivindicación de sus derechos, aquellos seres humanos que luchan y viven a través de la aplicación de leyes justas, y a mis catedráticos, profesionales intachables de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, institución que me ha visto crecer y ser lo que soy.

RESUMEN

La reforma Constitucional del Art. 68 de la nueva Constitución del Ecuador, en afinidad con el artículo 67, y la inclusión de la categoría “identidad de género”, abre las puertas al reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. El análisis y aplicación de las instituciones jurídicas del matrimonio a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo en concordancia con la nueva implementación constitucional permitirá determinar derechos y obligaciones de estas minorías frente a una extensa discriminación legal y administrativa del Ecuador. El “Heteronormativismo” jurídico o paradigma patriarcal deberá ser regulado con la finalidad de insertar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano nueva normativa que vele por la plena vigencia de los derechos de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación consagrado en los Tratados Internacionales y la Constitución vigente. La sociedad conyugal, la disolución y su liquidación, las capitulaciones matrimoniales, el divorcio, y la adopción son algunas de las instituciones jurídicas que son examinadas conforme la hermenéutica jurídica, con el fin de buscar la correcta aplicación de las leyes para las uniones de hecho sin desconocer el alcance de los intereses de la comunidad GLBTT en razón de género, en concordancia con los antecipes de la legislación comparada. Finalmente este análisis nos permitirá implementar un estándar de protección igualitario y percibir las normas discriminatorias vigentes.

ABSTRACT

Constitutional reform of Article 68 of the new Constitution of Ecuador, in affinity with Article 67, and the inclusion of the category "gender identity", opens the door to recognition of civil unions between same sex. The analysis and application of the legal institutions of marriage to civil unions between same sex in accordance with the new constitutional implementation will determine rights and obligations of these minorities from legal and administrative discrimination in Ecuador. The "Heteronormativismo" legal or patriarchal paradigm must be regulated in order to insert the new Ecuadorian legal rules to ensure the full enjoyment of rights in accordance with the principle of equality and non-discrimination enshrined in international treaties and the Constitution. The conjugal partnership, the dissolution and liquidation, the marriage, divorce, and adoption are some of the legal institutions are examined as the legal interpretation, in order to find the correct application of laws for civil unions without prejudice to the scope of the GLBT community interests in gender, in accordance with the foreign legislation. Finally, this analysis will allow us to implement an equal protection standard and perceive discriminatory rules.

CAPITULO I.....	5
1. LA UNION DE HECHO Y EL MATRIMONIO	5
1.1. LA UNIÓN DE HECHO.....	5
1.1.1. Definiciones conceptuales de la Unión de Hecho.	5
1.1.2. Naturaleza jurídica de la unión de hecho	9
1.1.3. La unión de hecho como institución jurídica.	10
1.1.4. La unión de hecho en la legislación comparada.	12
1.1.4.1. La unión de hecho entre personas Heterosexuales.	12
1.1.4.2. La unión de hecho entre personas del mismo sexo.	12
1.1.4.2.1. Previsiones en el derecho comparado Europeo	16
1.1.4.2.1.1. Modelo Escandinavo	16
1.1.4.2.1.2. Modelo francés	18
1.1.4.2.1.3. El modelo anglosajón	19
1.1.4.2.2. Previsiones en el derecho de latinoamericana.	21
1.1.4.2.3. Argumentos a favor y en contra de la unión de hecho entre personas del mismo sexo. .	23
1.1.5. La unión de hecho en la legislación Ecuatoriana.	25
1.1.6. La familia como institución de vida.	29
1.2. EL MATRIMONIO.....	33
1.2.1. El matrimonio como contrato.....	34

1.2.2. El matrimonio como sociedad legítima.....	39
CAPITULO II	41
2. LA UNION DE HECHO Y SU RELACION CON LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DEL MATRIMONIO.	41
2.1. EL PATRIMONIO FAMILIAR.....	41
2.1.1. Concepción del Patrimonio Familiar.....	41
2.1.2. Los objetivos específicos de la institución patrimonial.....	42
2.1.3. Derechos y obligaciones del patrimonio familiar.....	43
2.1.4. Afectación contra terceros para organizar el patrimonio familiar.....	44
2.1.5. Planificación institucional del patrimonio familiar.	45
2.2. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.	47
2.2.1. Las capitulaciones matrimoniales como contrato.....	47
2.2.2. Requisitos previos para las capitulaciones matrimoniales.	51
2.2.3. Clases de nulidad de las capitulaciones matrimoniales.....	53
CAPITULO III.....	55
3. LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA SOCIEDAD DE BIENES.	55
3.1. La sociedad conyugal.....	55
3.1.1. Enfoque doctrinario de la sociedad conyugal.....	55
3.1.2. Naturaleza de la sociedad conyugal.	55

3.1.3.	Características de la sociedad conyugal.	57
3.1.4.	Régimen de gananciales y la administración de la sociedad conyugal.	60
3.1.5.	La renuncia de los gananciales, la separación y sus causas.....	62
3.1.6.	Disolución y liquidación de la sociedad conyugal en concordancia con la sociedad patrimonial en la unión de hecho.	64
3.1.7.	El haber de la sociedad conyugal y sus cargas.	66
3.1.8.	Enfoque doctrinario de la sociedad de bienes.	69
3.1.9.	Naturaleza o fundamento de la sociedad de bienes.	71
3.1.10.	Características de la sociedad de bienes o sociedad patrimonial.....	73
3.2.	Qué pasa con los bienes adquiridos durante la sociedad de hecho y antes de formalizada la unión de hecho.	75
3.3.	El proceso de terminación de la unión de hecho.	76
3.3.1.	Formas de terminación de la unión de hecho, su disolución y sus efectos.....	76
3.3.2.	Disolución y Liquidación de la sociedad de bienes en la unión de hecho.....	80
3.3.2.1.	Procedimiento para liquidar la sociedad de bienes.....	83
CAPITULO IV.....		85
4.	¿Es aplicable la unión de hecho heterosexual a personas del mismo sexo?.....	85
4.1.	¿Qué sucede con la adopción en las uniones de hecho celebradas por personas del mismo género?	

4.2. Análisis del artículo 66 numeral 9 de la Constitución de la Republica del Ecuador, en relación a la reforma constitucional articulo 68, de las uniones de hecho y el artículo 67 del mismo cuerpo legal.97

CAPITULO V105

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES105

CAPITULO I

1. LA UNION DE HECHO Y EL MATRIMONIO

1.1. LA UNIÓN DE HECHO

1.1.1. Definiciones conceptuales de la Unión de Hecho.

La Unión de hecho, proviene de la palabra latina Concubinatus, que a su vez deviene de la formación de dos raíces latinas “cum” y “cubare” (Cumcubare), lo cual significa comunidad de lecho. Esta figura fue definida como la cohabitación continua o prolongada de un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos.¹

De aquí, que nace la palabra concubina². El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice que “concubina” es “mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido”.

La Enciclopedia Jurídica Española, manifiesta: “El concubinato o unión libre es un verdadero matrimonio reducido a la simplicidad del derecho natural omitiendo las solemnidades del derecho positivo”.

Eduardo Fernando Fueyo expresa que la unión de hecho “Es la unión duradera y estable de dos personas, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”.

Eduardo Zannoni dice: “Es aquella en que los convivientes hacen vida marital sin estar unidos por un matrimonio legítimo o válido, pero con las características de tal”

¹ MARQUEZ, Raúl. “Concubinato”, Enciclopedia Jurídica Latinoamericana.

² SEGURA MUNGUÍA, Santiago. Diccionario por raíces del latín y de las voces derivadas, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, Pag.24

Luís Jiménez de Azua, se pronuncia al respecto y manifiesta de forma romántica lo que considera como unión de hecho:

“Día llegará en que se proclame la libertad de amar, pero sin confundir o tratar de confundir entre el amor libre y el libertinaje sexual”; continua diciendo, “Aspiro a las Uniones libres que no solo se compatibilizan con la monogamia y la perpetuidad sino que hallan en ellas su fórmula más noble. Debemos pretender en la vida muy pocos amores, uno solo si es posible, pero intensamente sentido y libremente practicado.

En suma; mi fórmula es esta: libertad de amar para todo ser humano y matrimonio religioso para los fieles de la iglesia que deseen contraerlo”³.

De las definiciones conceptuales, contenidas en la doctrina, en la legislación y en el derecho comparado, colegimos en que la unión marital produce efectos jurídicos relevantes. Así, el efecto más próximo es que se constituyen vínculos jurídicos, obligaciones recíprocas entre compañeros permanentes, régimen de bienes de la sociedad patrimonial, estado jurídico de convivientes.

José García Falconí, discrepa en cuanto a que la unión de hecho produce un vínculo jurídico, pues manifiesta que los efectos jurídicos están sobre la sociedad de bienes producto de esta unión y no de la unión de hecho per se, pues no cambia el estado jurídico de los convivientes.

Al respecto, opino lo contrario, pues la ley establece requisitos para que se produzca un vínculo jurídico cuando la convivencia ha sido estable y monogámica por más de dos años. Este requisito temporal, más la voluntad de los convivientes para formar la unión de hecho es la que

³ JIMENEZ DE AZUA, Luis. “Libertad de Amar y derecho a morir”. Editorial Historia Nueva. Madrid. 1926

produce un vínculo jurídico, caso contrario no surgiría lo que de conformidad con la ley se conoce como unión de hecho.

Meza Barros, al respecto dice que los efectos jurídicos de esta unión se producirían solamente cuando reúna todos los caracteres, que lo constituyen en matrimonio aparente.⁴

Estos caracteres están contemplados en la ley, tales como: la publicidad o notoriedad de la vida común, por lo que no debe ser clandestina; la habitación; el hecho de comportarse como marido y mujer; estar libres de vínculo matrimonial; y cumplir el tiempo de dos años de convivencia.

Los efectos jurídicos de la unión de hecho, se generan como consecuencia de su reconocimiento legal, siempre y cuando se haya cumplido con los requisitos establecidos en la ley.

García Falconí⁵, asume una falsa apreciación en cuanto a los efectos jurídicos que se producen de la unión de hecho, pues manifiesta que los efectos jurídicos se originan únicamente cuando se configura la sociedad de bienes (cuando se adquieren bienes), mas no de la unión de hecho per se, es decir por haber cumplido con los requisitos legales.

Al respecto, debo expresar mi desacuerdo, en tanto en cuanto, los efectos de la sociedad de bienes producto de la unión de hecho no son más que efectos económicos patrimoniales que se generan con posterioridad al vínculo jurídico que ha surgido.

Es decir, una vez que se ha cumplido con los requisitos establecidos en la ley los efectos jurídicos de la unión de hecho empiezan, dando lugar al establecimiento de un vínculo de hecho, que es un lazo jurídico que une a los compañeros en una comunidad de vida. Así mismo, se

⁴ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho de la Familia, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

⁵ GARCIA FALCONI, José. “Los Juicios de Disolución de la Sociedad Conyugal y Terminación de la Unión de hecho”. Segunda edición. Quito. 1992.

generan derechos y obligaciones reciprocas, justamente consecuencia inmediata de la vida en común.

Los efectos jurídicos, son diversos, por lo que no podemos decir que la sociedad de bienes es el único efecto que se genera de la unión de hecho. En la unión de hecho entre personas heterosexuales, a más de la sociedad de bienes, se configuran otros efectos jurídicos: la familia, la filiación y el derecho de paternidad, la fidelidad, el socorro, la obligación de asistir a su pareja, etc.

La sociedad de bienes es relativa, ya que puede existir el caso en que dos personas celebren la unión de hecho sin necesidad de generar bienes posteriores. En el ejemplo citado, la unión de hecho no se genera por la creación de la sociedad de bienes sino por la unión que ha sido legalmente reconocida; los bienes, por supuesto, deben ser protegidos por una institución legítima, con el fin de precautelar los intereses de la unión de hecho. Sin embargo la sociedad de bienes es posterior a la unión y es una institución de la misma; así como es la sociedad conyugal respecto al matrimonio.

El matrimonio y la unión de hecho son instituciones jurídicas que generan otras instituciones a la vez, con efectos jurídicos distintos pero con un objetivo común, y que en conjunto protegen al núcleo familiar; así como la sociedad conyugal, el patrimonio familiar, las capitulaciones matrimoniales, etc.

Las instituciones que se generan o que se producen como consecuencia del matrimonio o la unión de hecho no podrían existir por sí solas, se necesita de una piedra angular que armonice la existencia de estas instituciones accesorias. Definitivamente, no sería necesaria la figura de la sociedad de bienes si no se reconociera la existencia de la unión de hecho previamente.

1.1.2. Naturaleza jurídica de la unión de hecho

En cuanto a la naturaleza de la unión de hecho, esta se ve determinada por la voluntad de los constituyentes, conformando un vínculo con efectos jurídicos evidentes.

Más adelante hemos de concluir que la unión de hecho no es producto de un contrato al igual que el matrimonio, pues la misma ley ha establecido diferentes requisitos para su conformación.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha establecido que la unión de hecho sea entre dos personas, estables y monogámicas, que hayan cumplido un plazo determinado y que estén libres de vínculo matrimonial. El legislador, ha previsto esta figura en el ordenamiento, para precautelar las obligaciones y derechos de las parejas no casadas, no obstante de no tener un contrato de por medio.

La naturaleza jurídica de la unión de hecho es la que precisamente nos lleva a la necesidad de institucionalizar la misma y proteger a las parejas que no cuentan con una relación matrimonial.

Entonces, es claro que la naturaleza de la unión de hecho, lejos de importarle el formalismo legal con el que cuenta el matrimonio, haya previsto más bien que sea una institución social que cumpla con fines similares al matrimonio. Estos fines son la protección legal de la mujer y los hijos, de los bienes, y de todos los derechos consagrados en el ordenamiento para el matrimonio, con alguna salvedad, como es la adopción.

Desde luego que hay que considerar que la unión de hecho busca dar legalidad a todas esas uniones consideradas ilícitas e inmorales, por ende proteger todos los derechos que les compete.

Siendo tal el razonamiento, es claro que el legislador, ha previsto que la unión de hecho sea considerada como una institución legalmente reconocida y ha determinado introducir la misma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Ley 115 publicada en el Registro Oficial No. 399 de 29 de Diciembre de 1.982.)

1.1.3. La unión de hecho como institución jurídica.

La unión de hecho adquiere relevancia como una institución jurídica, a partir de su misma conformación, y de los efectos que produce.

La unión de hecho comienza como un hecho jurídico, per se; legitimado por la voluntad de las partes, conformando un vínculo de hecho que produce efectos sociales.

Según la Doctrina, la unión de hecho puede ser vista desde tres ópticas distintas:⁶

Como sociedad, como hecho jurídico, como pacto o contrato.

Como sociedad: La unión acopla a las partes solo para la consecución de sus fines. Se considera que las partes aparecen como socios, coparticipes de una común suerte y unión solidaria puesto que la unión implica una comunidad de vida y de obras comunes. Al respecto, considero que la unión de hecho no debe ser considerada como sociedad simplemente, pues el objetivo de las parejas no es solo la consecución de sus fines económicos, como es en el caso de una sociedad anónima o de una compañía; el objetivo de las partes va mas allá, justamente por la comunidad de

⁶ VALLEJO, Juan Álvaro. “La Unión Marital de Hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Editorial Dike. Edición 2001. Pág. 75

vida que deben mantener. Esta comunidad, tiene que estar caracterizada por el auxilio mutuo, respeto y fidelidad que se brinden los convivientes el uno al otro.

Como hecho jurídico: “la unión de hecho es una realidad natural, siendo la base en la que se funda la misma unión conyugal. El hombre tiene de forma natural un derecho a unirse, a constituirse en pareja.”

La unión de hecho como hecho per se, esta dado en virtud del propio derecho natural, que es precedente al derecho positivo. Al respecto, considero que la unión de hecho no solo tiene que ser visto como un hecho natural, sino que también debe estar regulado a través de un ordenamiento jurídico que precautele y resguarde los efectos de ese hecho. Si consideramos que la unión de hecho es un hecho natural, consecuentemente tenemos que admitir que produce efectos naturales, y que merecen ser reglados y elevados a un ordenamiento jurídico a fin de que tanto el hecho y sus efectos trasciendan al derecho positivo. Una vez, que la unión de hecho ha sido reglada, podemos hablar de efectos jurídicos de la misma; efectos que están dados en base a la voluntad y consentimiento de la pareja. En definitiva, considero que la unión de hecho, ha sido mal llamada por el legislador, ya que deberíamos hablar de unión de derecho ya pues la propia ley contempla ciertos requisitos para su constitución, como más adelante lo veremos.

Como Pacto o Contrato: Algunos han considerado que la unión de hecho no es más que un pacto entre las partes, en aplicación análoga de la definición misma del matrimonio, en la que se dice que: el matrimonio es un **contrato solemne** por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Al respecto, considero que esta óptica esta errada, ya que la misma definición de unión de hecho es distinta a la del matrimonio; y en segundo término, porque la ley a establecido diferentes requisitos para su constitución. La unión de hecho no debe ser considerada como un contrato, pues esta es una *“figura técnica, orientada a la conciliación de intereses en contraste, y no a la fijación de un concurso de voluntades paralelas dirigidas a crear, de una situación jurídica con igual distribución de bienes y cargas, que es lo que precisamente ocurre en la unión marital.”*

Finalmente, debemos considerar que la unión de hecho es un acto libre y responsable que proviene de la voluntad misma de las partes, a diferencia del matrimonio, en el que se requiere el cumplimiento de formalidades para su correcta validez. La unión de hecho únicamente requiere de la voluntad subjetiva de las partes y del reconocimiento del juez o notario, para su validez.

1.1.4. La unión de hecho en la legislación comparada.

1.1.4.1. La unión de hecho entre personas Heterosexuales.

Varios son los nombres que se le ha dado a esta institución jurídica; por supuesto, tomando en cuenta la cultura y el país en donde se practique la unión de hecho. Dentro de las acepciones que más se asimilan a la unión de hecho, son las uniones civiles, uniones registradas, domesticas, relaciones significantes, etc.

Como dije, todo depende del medio en donde se practique la unión de hecho.

En Noruega, respecto a las parejas heterosexuales se le reconoce al conviviente, en caso de que la relación extramatrimonial se fracture, el derecho a comprar la vivienda familiar o la parte que le corresponde al otro conviviente. Por supuesto que se establecen ciertos requisitos para optar por este derecho, siendo así que la convivencia debe ser mayor a dos años, o si las partes tuvieran un hijo común.

1.1.4.2. La unión de hecho entre personas del mismo sexo.

Entrar a este tema, nos involucra dentro del papel y posición en la que se encuentran, los llamados colectivo GLBTT;⁷ que son precisamente personas o minorías sexuales, que de acuerdo a estudios poblacionales, conforman el 10% de la sociedad⁸.

Analizar la unión de hecho, desde la realidad de estas personas GLBTT aparenta una óptica distinta; sin embargo la institución jurídica sigue siendo la misma.

La unión de hecho no cambia de definición en cuanto a las minorías sexuales. La definición conceptual de esta institución jurídica sigue siendo la misma. El artículo 68 de la Constitución del Ecuador, no hace distinción alguna de sexo.

La unión de hecho se ha presentado de diversas formas y denominaciones según la cultura y el país: uniones civiles, uniones registradas, uniones domesticas, matrimonios diferentes reconocidos consuetudinariamente (common-law marriage), relaciones de adultos independientes, uniones estables o los PACS (pactos de solidaridad civil- Civil Solidarity Pacts).

Esta institución surge de la figura del concubinato, regulado por el derecho romano en las Institutas de Gayo, la ley Julia y el Corpus Iure Civile; sin embargo en el derecho español se lo denominó como “barragania”, siendo este un claro término peyorativo. La finalidad de este reconocimiento fue dar solución a las uniones que se encontraban al margen de la figura jurídica del matrimonio otorgando derechos a los hijos considerados ilegítimos, es decir aquellos que han sido concebidos fuera del círculo matrimonial.

En la doctrina romana, surge un dato relevante respecto a las razones por las que incrementó sustantivamente el concubinato; esto es en virtud de que las leyes de Papia Poppae y

⁷ GLBTT son las siglas que frecuentemente se utilizan para identificar a un determinado grupo minoritario.

⁸ A.KINSEY, Sexual Behavior in the Human Male, Saunders, Philadelphia, 1948, p.610

Iulia de aulteris prohibieron “el matrimonio entre senadores y mujeres libertas y de teatro; como entre ingenuos y mujeres ignominiosas”⁹.

En las épocas de Justiniano, se abolieron estas leyes que limitaban el derecho al concubinato entre personas de distinta clase.

Para la época de Constantino, el concubinato paso a estar contrapuesto a la moral, por lo que se abolió formalmente en la época de los emperadores cristianos Basilio y León.

Para el derecho Romano, el matrimonio iusta nuptiae daba mayor protección que la unión de hecho, por no cumplir con las formalidades necesarias, y porque frecuentemente uno de los miembros de la pareja carecía de la calidad de ser ciudadano romano, como las mujeres “púberes, esclavas o manumitidas”¹⁰.

La situación de la mujer en el concubinato y en el matrimonio era distinta, debido a los derechos limitados que se le daban frente al matrimonio, pues “la concubina no participaba de las dignidades de su compañero, no existía el dote, ni tampoco había lugar a la donación por causa de nupcias (...) y la disolución no tenía carácter de divorcio” y en general su derecho de suceder estaba sumamente restringido.¹¹

Luego de varias décadas, de lucha contra la iglesia católica, que defiende el matrimonio como un sacramento, resurge esta figura del “concubinato” a través de la legislación española, inspirada en el derecho romano Justiniano, bajo la denominación de “barragania” en las siete partidas.

⁹ J.IGLESIAS, Derecho Romano, Ariel, Barcelona, 1997. Pag.563.

¹⁰ MARQUEZ, Raúl. “Concubinato”. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Pág. 519.

¹¹MARQUEZ, Raúl. “Concubinato”. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Pág. 519.

En Ecuador el concubinato fue considerado “como circunstancia habilitante para efectos de investigación de la paternidad”¹², modelo que aparece en la Constitución de 1978 y en 1982 a través de la ley 115¹³; actualmente legislado en los artículos 222 y siguientes del Código sustantivo civil. La citada ley reformó los delitos, relacionados al concubinato, contenidos en el código penal para esa época.

Finalmente a partir de los noventa, se da apertura a los derechos de las parejas del mismo sexo en el mundo para formar uniones de hecho legales. Un ejemplo de los países que abrieron el abanico de posibilidades para estas parejas son: Noruega en 1993, Suecia 1995, Islandia y Hungría en 1996, Holanda 1998, Francia 1999, Bélgica 2000, Portugal 2001, Alemania 2001, Luxemburgo 2004, Andorra 2005, Reino Unido, República Checa y Eslovenia en el año 2006 y Suiza 2007.

Cabe destacar que Dinamarca, en 1989, fue el país pionero en reconocer a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que se les otorga a los convivientes de uniones heterosexuales.¹⁴

En Ecuador la Constitución actual del año 2008 abre las puertas para las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, dejándose sin reforma el ordenamiento jurídico inferior al respecto.

¹² PARRAGUEZ, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia. Pág. 236.

¹³ Ley 115. Decreto No 2636, RO No 621, del 4 de Julio de 1978.

¹⁴ INTERNATIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION (ILGA), Mapa Histórico Actualizado al 2008, disponible en <http://www.ilga.org/countries.asp>. Consulta realizada el 11 de Noviembre del 2011.

1.1.4.2.1. Previsiones en el derecho comparado Europeo

1.1.4.2.1.1. Modelo Escandinavo

Las normas aplicadas en este modelo se confinan a equiparar tanto las relaciones heterosexuales y homosexuales, al matrimonio en materia de hogar familiar y ajuar doméstico.

La ley de Registro de parejas de hecho de 23 de junio de 1994, da la posibilidad a que los homosexuales registren su relación, por medio de un procedimiento civil, por el que se les aplica sustancialmente la legislación matrimonial; por ejemplo lo referente a los derechos sucesorios, siendo estos efectos positivos reconocidos para la unión de hecho entre personas del mismo sexo. En este modelo se mantienen las prohibiciones referentes a la relación de parejas homosexuales con menores.

En la década de los ochenta, se aprobó la ley Danesa de parejas Registradas, ley 372, de 1 de Junio de 1989.¹⁵

Ésta, es la primera ley en el mundo que consiente el registro de parejas de hecho del mismo sexo; la ley aplica todas las reglas referentes al matrimonio, salvo las normas que hablen de marido y mujer. En este modelo las parejas que no cuentan con el registro no tienen una regulación específica.¹⁶

¹⁵ ESPADA MALLORQUIN, Susana. “Los Derechos Sucesorios de las parejas de Hecho”. Primera Edición, Editorial Aranzadi, España 2007, Pág. 148.

¹⁶ Las reglas matrimoniales sobre derecho de propiedad no se aplican a los convivientes de hecho no registrados. Sin embargo se reconoce el derecho de estos a la seguridad social, alquiler, etc. En el momento de la ruptura de la unión, el demandante puede solicitar que el Tribunal se asegure de que se compensa al conviviente que queda en situación financiera desfavorable, aunque el otorgamiento de estas

En Noruega mediante la ley 40 de 30 de Abril de 1993, se adoptó el modelo danés, reconociendo los mismos derechos y obligaciones relativas al matrimonio, a las parejas homosexuales registradas. (Se reconocen los derechos patrimoniales, impositivos, seguros de vida.)

MARTIN CASALS, Miquel, en su Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho, contempla que en la legislación Noruega, distinta a otros países escandinavos, se dio un salto enorme reconociendo la adopción por parejas del mismo sexo.

El país Finlandés reconoce efectos económicos matrimoniales y el derecho de alimentos entre los convivientes, a las parejas del mismo sexo que se han registrado; no reconociendo así, efectos jurídicos como la paternidad, y la adopción. Para la liquidación patrimonial se aplican las reglas de liquidación respecto al matrimonio.

En resumen la legislación escandinava¹⁷, lo que busca es crear una normativa especial y particular que conceda derechos a las parejas homosexuales, pero siempre y cuando exista un registro de ellas.

Suecia, a pesar de haber sido un país conservador, ahora se ha convertido en una sociedad que respeta los derechos de homosexuales y lesbianas. En 1995 se reconoció una ley para las personas del mismo sexo, creándose posteriormente un órgano competente protector de los derechos de estas minorías contra la discriminación por su inclinación sexual.

Suecia, es el primer país de Europa que permite a las parejas homosexuales solicitar la adopción de niños en el extranjero. Algo muy interesante que se dio en este país, es la

pensiones compensatorias es discrecional. No existe un deber de prestación de alimentos entre los convivientes de hecho.

¹⁷ Los países escandinavos geográficamente comprenden a Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega e Islandia.

posibilidad de que ciudadanos suecos homosexuales puedan celebrar matrimonio en las embajadas, de todo el mundo, de este país.

1.1.4.2.1.2. Modelo francés

El modelo francés concibe al concubinato como “la unión de hecho entre dos personas, de igual o distinto sexo, caracterizada por una comunidad de vida en pareja, que presenta los caracteres de estabilidad y continuidad”¹⁸.

Según mi criterio a estas relaciones, no se les otorga ni derechos ni obligaciones correlativas, lo único que hace el código civil francés, tras su reforma, es definir lo que se entiende por unión de hecho. Otro conflicto importantísimo es que esta legislación no defiende una postura única respecto a los convivientes, pues bien los trata como personas solteras que viven en unión libre, y por otro lado son tratados análogamente como convivientes pero a los cuales se les aplican ciertas reglas matrimoniales, admitiéndose la aplicación del artículo 2279 del Código Civil Francés a este tipo de relaciones.

Un ejemplo de trato independiente que da la legislación francesa a las relaciones extramatrimoniales es al establecer que en caso de ruptura de la unión de hecho, el conviviente afectado puede alegar el enriquecimiento injusto cuando su patrimonio se vea seriamente afectado.

Finalmente hay que considerar que en el modelo francés, y consecuentemente dentro de su ordenamiento jurídico existen tres formas de relaciones familiares, que conscientemente no

¹⁸ Ley 99-944. 15 de Noviembre de 1999, Registro 265 de 16 Noviembre de 1999.

contemplan una equiparación de criterios. Siendo estas formas: el matrimonio, la unión de hecho o concubinato y los PACS¹⁹; por supuesto cada uno con diferentes efectos jurídicos.

En lo relativo al régimen patrimonial la legislación francesa instituye que, en el matrimonio, en los PACS y en el concubinato, la protección de este derecho se regirá por parámetros distintos; en el matrimonio por las normas del derecho civil; en los PACS por una presunción de comunidad, en cuanto a su bienes adquiridos a título oneroso y constantes en el pacto suscrito; y en el concubinato o la unión de hecho, por el derecho común y el principio de libertad de pacto entre las partes referente a sus bienes presentes y futuros.

1.1.4.2.1.3. El modelo anglosajón

Este modelo se caracteriza por no contemplar una regulación normativa referente a las uniones de hecho, ni de parejas heterosexuales ni de parejas del mismo género, en gran medida por ser un derecho basado en el Common Law.

En Inglaterra, la unión de hecho está traducida por el término, Cohabitans, que significa la pareja de hecho estable que, sin estar casada, convive more uxorio.

¹⁹ Son los contratos realizados por dos personas físicas mayores de edad, de diferente o mismo sexo, realizados con el fin de organizar su vida en común. Estos PACS afirman la falta de naturaleza familiar y su dimensión como tal.

Este modelo hace énfasis en que la convivencia sea auto regulada por los mismos convivientes, en razón del principio de libertad contractual.

Por ejemplo en materia de familia, se les aplica lo referente a los derechos de propiedad, encaminada a determinar en qué porción cada uno de los convivientes tiene derecho a participar de sus aportaciones. De conformidad con el “The Trusts of land and Appointment of Trustees Act”, se exige que el conviviente informe al otro antes de realizar cualquier disposición del hogar familiar.

En materia de derecho sucesorio, el conviviente no tiene los mismos derechos en la sucesión intestada, que a diferencia del matrimonio si opera para el cónyuge sobreviviente; sin embargo si la convivencia ha sido de al menos dos años, el conviviente sobreviviente tiene derecho a acudir ante los Tribunales para solicitar, lo que se conoce en el derecho inglés como la “Reasonable Provision”.

Londres es la primera ciudad de Inglaterra que reconoció de manera oficial a las parejas homosexuales, a través del registro válido que opera también para las parejas heterosexuales.

En el país Holandés, existe una regulación concreta para las uniones de hecho que no solo le otorga efectos jurídicos a esta relación, sino que también permite convertir a las parejas registradas en matrimonios. Hay que tomar en cuenta que Holanda a través del “Acta General sobre Tratamiento Igualitario” que prohíbe la discriminación en función de la orientación sexual, dio un enorme avance, ya que permitió el registro de parejas lesbianas y homosexuales. Reconoció el matrimonio entre parejas del mismo sexo, convirtiéndose en el 2001 en el primer país que otorga de manera absoluta los mismos derechos del matrimonio a las parejas homosexuales, inclusive el derecho a la adopción.

La legislación Holandesa determinó que las parejas de hecho deben cumplir con ciertos requisitos básicos como la fidelidad, la cohabitación, asistencia y que en ausencia de un pacto entre los convivientes, se les aplicara las reglas de la comunidad de bienes.

Para finalizar, debemos tomar en cuenta la importancia que tiene la ley de Portugal, sobre uniones de hecho, me refiero a la ley 135-99, del 28 de Agosto, que regula a las parejas heterosexuales y la ley 7-2001, del 11 de Mayo, que regula lo referente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. En esta regulación, lo importante es la comunidad de vida que realice la pareja; en estos casos la convivencia se da por medio de la prueba testimonial, siendo a partir de este momento que empieza a correr el plazo para que la unión de hecho surta sus efectos. Por tanto existen dos requisitos esenciales para que se configuren los efectos patrimoniales de la unión de hecho: el primero la prueba de existencia de la relación y la segunda la inexistencia de impedimentos para contraer matrimonio entre la pareja de unión de hecho.

La tónica en todos estos ordenamientos jurídicos, son muy independientes entre sí, tanto por que unas reconocen y dan derechos a las uniones de hecho entre personas del mismo género, otras otorgan derechos sin importar la orientación sexual de la pareja y otras que definitivamente no salvaguardan previsiones legales, pues hay ausencia en el tema tratado.

1.1.4.2.2. Previsiones en el derecho de latinoamericana.

Conforme al análisis que hace Susana Espada Mallorquín, en los países latinoamericanos el reconocimiento de las uniones de hecho se ha materializado al rango constitucional, generando un marco normativo regulador de estas relaciones.

Respecto a la realidad jurídica de las uniones de hecho, establece que los distintos ordenamientos consagran efectos jurídicos patrimoniales. Además dice que estas cumplen una serie de requisitos similares al matrimonio, como la capacidad, publicidad, y notoriedad.

La legislación Argentina, fue la primera en reconocer la unión entre personas del mismo sexo, a través de un proyecto de Ley de Unión Civil que fue presentado por la Comunidad Homosexual Argentina en el 2002, misma que entro en vigencia el 17 de enero del 2003.

Esta ley, sin duda es sumamente importante pues equipara en igualdad de derechos a las parejas heterosexuales, lesbianas y homosexuales; en virtud de que la misma ley concibe a la unión civil como la unión formada por dos personas independientemente de su sexo u orientación sexual. El plazo que establece la ley, como requisito para la conformación de estas uniones es de dos años de convivencia pública.

La legislación Argentina contempla que una vez inscrita la unión, se le confiere a la pareja los mismos derechos que los atribuidos al matrimonio. Obviamente, establece ciertas salvedades, respecto a las personas que pueden constituirse en unión de hecho. Así por ejemplo, dice que no podrán constituir una unión civil los menores de edad, los que mantengan vínculo matrimonial, los que mantengan unión civil no disuelta, los parientes por afinidad en línea recta, etc.

En Brasil, su legislación implanta la unión de parejas del mismo sexo, en el artículo 1723 del Código Civil. Desde años existen sentencias que reconocen la unión para efectos patrimoniales, equiparando los derechos de las parejas heterosexuales y homosexuales. El proceso No 00.643.387-1, es la clara muestra, en la que el Juez Trigésimo Cuarto de lo Civil de Sao Paulo, Luis Fernando Pinto Arcuri, reconoce la existencia de la unión homosexual al manifestar que el conviviente sobreviviente tiene derecho al cincuenta por ciento (50%) de los gananciales de la sociedad patrimonial.

Colombia, con apego a la Constitución Colombiana y varios fallos de la Corte Constitucional²⁰, ha sentado bases muy transparentes respecto a la aplicación del principio de

²⁰ La Corte Constitucional Colombiana, en 1996, reconoce que el comportamiento homosexual es una orientación sexual valida y legitima de las personas. Obviamente, lo hace aplicando el principio de libertad y el derecho a la identidad sexual.

igualdad de derechos de todas las personas, incluyendo dentro de esta igualdad a todos los homosexuales, heterosexuales, lesbianas y bisexuales. En otras palabras, la legislación ya reconoce la igualdad de género; y, desde entonces se han emitido fallos que tutelan las relaciones de parejas no heterosexuales.

Las Legislaciones, cubana y paraguaya, establecen la posibilidad de conversión de la institución jurídica unión de hecho a la institución del matrimonio.²¹

Otras legislaciones como la ecuatoriana, contemplan un plazo de tiempo, sin el cual no se configura la unión de hecho, por ejemplo el plazo de dos años consagrado en el código sustantivo civil.²² La Constitución del 2008 permite la Unión de Hecho entre dos personas del mismo sexo y consecuentemente la configuración de una sociedad patrimonial, conforme a las reglas que se aplican al matrimonio.

1.1.4.2.3. Argumentos a favor y en contra de la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

El primer argumento en contra es: las parejas del mismo sexo no pueden tener los mismos derechos que las personas cuyo vínculo es el matrimonio, el conceder los mismos derechos daría

²¹ Artículo 19 del Código de familia de Cuba, establece que: “la formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, conforme con lo manifestado por los cónyuges y los testigos en el acta de formalización del matrimonio (...)”

²² Panamá establece que el tiempo será de cinco años, Perú comparte el mismo tiempo de plazo que el Ecuador, y Paraguay reconoce ciertos efectos jurídicos a estas uniones a partir del cuarto año de convivencia.

apertura a la legalización de las relaciones poligámicas, los principios morales y religiosos serían transgredidos, traduciéndose en un pecado; y, en lo principal las figuras de paternidad y maternidad quedarían sin referente.²³

Juan Larrea Holguín, no considera válidas las uniones de hecho de pareja del mismo sexo ya que:

“El hombre no altera en vano las leyes de la naturaleza... Ahí está la disminución de la natalidad, la pérdida de la autoridad de los padres, allí la criminalidad en auge”.

La Asociación Americana de Antropología y Psiquiatría manifestaron respectivamente que: no existe “evidencia para que se mantenga el matrimonio como una institución exclusivamente heterosexual”, ya que las relaciones de pareja del mismo sexo contribuyen a formar sociedades estables y humanas y que no hay sustento científico para discriminar a las parejas del mismo sexo en el reconocimiento de sus derechos, obligaciones y beneficios conferidos por el matrimonio civil heterosexual.

La Corte Suprema de Colombia, en sentencia del 9 de Septiembre de 1998, emitida por el Dr. Alejandro Martínez Caballero, resolvió:

“las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo. Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostiene otros enfoques,

²³ COALITION TO SAVE MARRIAGE IN NEW YORK, “The case against same-sex Marriage and Civil Unions”, 21 de Enero de 2008. <http://www.savemarriageny.org/The%20Case%20Against%20Same-Sex%20Marriage%20and%20Civil%20Unions.pdf>. Consulta realizada el 02 de Febrero del 2012

entonces, esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad, en particular, de su libre desarrollo de la personalidad. Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es entonces idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra fundado en un control constitucional estricto”²⁴

La Organización de las Naciones Unidas, defiende la postura de evitar la discriminación a las parejas del mismo sexo. Justamente, en el 2003, se buscó garantizar a nivel mundial la no discriminación contra las minorías sexuales.

1.1.5. La unión de hecho en la legislación Ecuatoriana.

La unión de hecho se encuentra legislada desde la Constitución Política aprobada en el referéndum del año 1979 en su artículo 23 en el que se señala:

“La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala la ley dará lugar a una sociedad de bienes, que se sujetara a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes, patrimonio familiar”.

²⁴ DUQUE MARTINEZ, Ingrid. “Las Uniones Maritales de hecho y las Uniones de Parejas de mismo Sexo”. Aspectos de Demografía y Política Social de la Familia” Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2002, Pagina 177.

De igual manera mediante ley especial publicada en el Registro Oficial No 399 del 29 de diciembre de 1982, se introduce esta figura legal.

En la doctrina ecuatoriana la acepción es básicamente la misma, entendiéndose a la unión de hecho como la unión de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona.

Sin embargo, no es el concepto legal ni doctrinario el que nos preocupa en primera instancia, sino más bien la nueva concepción constitucional que se le da a la unión de hecho y la reacción de la sociedad frente a ésta.

En el año 2007 se llevó a cabo una consulta popular en la cual se aprobó la creación de una asamblea constituyente encargada de la redacción de la actual Constitución del Ecuador. En el 2008, se aprueba la misma a través de referéndum constitucional.

La principal reforma es que se busca dar mayor protección a los derechos de las personas. El Estado Ecuatoriano pasa a ser de un Estado de Derecho a un Estado de Derechos y Justicia. Se amplían por ende, los principios fundamentales consagrados en la Constitución, que por décadas se desconocieron, por ignorancia o inobservancia. Se empieza a interpretar las normas a favor de los derechos de las personas.

Tras este proceso de reestructuración, iniciado por el primero al mando en el gobierno ecuatoriano, y comprometido con los compromisos políticos asumidos en su campaña, es que se proponen varios cambios dentro del marco jurídico ecuatoriano.

De tal razón, se reforma constitucionalmente a las uniones de hecho, modificándose la estructura de su definición con la finalidad de dar mayor apertura al principio de igualdad, no discriminación y libertad.

Este cambio radica en que para formar una unión de hecho, ya no solo que se deben cumplir los requisitos exigidos por la ley, entre un hombre y una mujer. Sino que también, puede conformarse la unión entre dos personas (del mismo sexo).

Ésta reforma constitucional, lógicamente, ha traído consigo críticas de los grupos conservadores y de la iglesia; quizá por no estar acorde a la naturaleza misma del ser humano o ser contraria a las reglas de la religión. Al respecto, considero que Ecuador está listo para dar pasos gigantescos en el reconocimiento de los derechos y libertades del ser humano. La evolución de la sociedad no debe estar atada a los sacrificios rituales de la iglesia, ni a posturas conservadoras que siempre han producido el retraso de los pueblos.

El tema de la unión de hecho entre personas del mismo sexo, no debe ser percibido como un acto que atenta a los principios básicos de la humanidad, ni mucho menos contraria a las reglas de Dios. Por el contrario, es un tema de suma importancia que lejos de ser ignorado, debe ser tratado.

Es así, que la legislación ecuatoriana ha dado importancia a la unión de hecho entre dos personas, constitucionalizando la misma.

Los artículos 67 y 68 de la Constitución respectivamente dicen:

Artículo 67.- “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

Artículo 68.- “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias

que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”

Respecto a la adopción, comparto la postura y prohibición constitucional establecida en el artículo 68. Este punto se profundizara más adelante, y abra que analizarlo ya que puede haber ciertas consideraciones importantes.

Ahora bien, continuando con lo que contempla la legislación ecuatoriana, la reforma sustancial y de fondo esta justamente en el hecho de que ahora es posible que exista una unión de hecho formada “entre dos personas”, conforme a la actual Constitución del Ecuador, y que correlativamente ha traído contraposición con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.

No podemos cerrar los ojos frente al hecho de que el cambio debió haber sido integral, justamente para evitar contraposiciones posteriores; es decir, el legislador debe hacer una reforma al Código Civil ecuatoriano en el que la figura de la unión de hecho no se limite a la forma tradicionalmente concebida. La definición del artículo del Código Civil conserva la concepción antigua de la constitución de 1998, en la que se consagraba la unión de hecho como la unión entre un hombre y una mujer. ¿Qué hacer frente a esta contraposición? ¿Que prevalece la Carta Magna, cuerpo normativo jerárquicamente superior a cualquier ley o el Código Civil por el principio de especialidad?

La Constitución del Ecuador tiene preeminencia jurídica ante todo y es ésta la que precautela los derechos de los ciudadanos cuando normas inferiores atentan a estos. Es precisamente la Constitución la que garantiza el cumplimiento de los principios consagrados en ella. Los jueces, magistrados, notarios, y toda persona que ejerza el derecho, son quienes deben velar por su fiel cumplimiento, caso contrario sería un cuerpo muerto donde la arbitrariedad y las decisiones parcializadas reinarían.

El artículo 11 de la actual Constitución del Ecuador consagra un principio rector, el “principio de igualdad” **que estatuye que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.** Es este principio el que nos lleva a otro corolario

que es el de la no discriminación por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, **ORIENTACION SEXUAL**, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, estableciendo que “la ley sancionará toda forma de discriminación”.

Tan solo con enunciar estos principios creeríamos que el tema está solucionado ante el buen entendedor, sin necesidad de ser abogado o interprete de la ley, sin embargo el conflicto no está en lo teórico sino en lo práctico. Ante este conflicto de disposiciones legales se ha cuestionado si ¿se puede legalizar una unión de hecho entre un hombre y un hombre o entre una mujer y una mujer? Actualmente se han dado casos en que notarios o jueces desconociendo el derecho y la Constitución en especial, niegan la protección a estas personas.

Sin embargo, existen precedentes en los que la unión de hecho entre personas del mismo sexo ha sido legalizada en varias Notarias del Cantón Quito²⁵. Andrés Buitrón, abogado y activista pro defensa de los derechos humanos comenta la imperiosa labor al formalizar la unión de hecho entre dos hombres que convivían más de 23 años. Por otra parte, la Notaria Quinta del Cantón Quito, se negó a legalizar la unión de hecho entre dos personas, según consta de los comentarios de la revista Vistazo.²⁶

1.1.6. La familia como institución de vida.

²⁵ Notaria Trigésimo Séptima y Séptima

²⁶PIEDRA. Pedro. “Uniones Gay ya son legales”.

<http://www.vistazo.com/ea/pais/?eImpresa=1009&id=2781>. Fecha de Consulta: 30 Noviembre 2011.

La familia desde el propio derecho natural, y proyectada desde la definición de Planiol y Ripert está dada por “el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por filiación o por la adopción”, nos conduce al hecho de concebir a la familia como la pieza angular de una estructura, que por objetivo máximo busca la propagación de la especie. El fin esencial de la especie humana es procrear, y con ello justamente se produce la filiación; que no es más que, los lazos afectivos que unen al padre de familia con su núcleo familiar, llámense estos hijos, esposa; y los lazos de afinidad como cuñado, y suegro etc.

Todas las naciones reconocen a la familia como el núcleo fundamental de una sociedad debidamente organizada, y es comprobado que la familia dotada de unidad y permanencia es la más apta para el buen desarrollo de la especie y para el progreso mental, cultural, material, y aun económico de los pueblos. Es por esta razón que los Estados la contemplan en su máximo cuerpo normativo, llamado Constitución.

La Actual Constitución del Ecuador, protege a la familia en el artículo 67:

“... El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizara condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”.

Así mismo, la Constitución Irlandesa de 1937 la define como “el grupo primordial, natural y fundamental de la sociedad, investido de derechos anteriores y superiores a toda ley positiva”.

Nuestra Constitución reconoce a la familia como célula vital de la sociedad y de ahí que el Estado desarrolla derechos que armonizan la institución familiar, por ejemplo: la educación, los derechos a las libertades, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo, el derecho al buen vivir, incluso novedades como el de soberanía alimentaria, implementado por la nueva ideología política constitucional, pero finalmente enfocada en la protección de un pueblo y por ende los grupos familiares que lo integran.

La familia como institución de vida, per se, es anterior al derecho y se concreta en la búsqueda de la multiplicación de la especie humana, por medio de la procreación.

Fortalecer el sistema jurídico de un estado y la economía de su pueblo, es dotar de condiciones necesarias a la familia para su correcta proliferación, establecer mecanismos de control natal sin coartar el derecho a la vida. Todo esto nos seduce a decir que la institución misma de vida se encuentra en la natalidad y propagación de la especie, pero sin limitarse a ellas.

Esta finalidad procreadora es la primera función de la familia. El Estado debe garantizar el desarrollo sostenible y sustentable del hombre.

Juan Larrea Holguín dice:

“No basta que nazcan hombres, es preciso que subsistan, y que lleguen a su pleno desarrollo, lo que en los animales se hace por instinto, en los hombres requiere aprendizaje, y a veces aprendizaje largo que exige paciencia, renovados esfuerzos, dedicación desinteresada, sacrificio generoso de otros para que un hombre llegue a la posesión de los conocimientos y costumbres, de los sentimientos ordenados y de los valores morales adecuados para la vida. Esa labor ardua, que exige compenetración de espíritus, vida en común, sentido desinteresado de sacrificio, en una palabra, amor, solamente pueden cumplirla aquellos a quienes la naturaleza misma inclina irresistiblemente a cuidar de la nueva criatura, es decir los padres”.

Planiol y Ripert, hace una consideración, precisamente en este punto, y manifiesta que la filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual una es el padre o la madre de la otra. En la línea se encuentra Belluscio, al decir que es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores.

La institución de vida, de la familia, precisamente esta enraizada en lazos que unen al hijo con su padre y/o madre, dándose derechos y obligaciones mutuas producto de la maternidad o paternidad.

Existen avances doctrinarios y normativos en cuanto a consideraciones y posturas sobre el concepto de familia. Uno de estos argumentos es que la procreación no es el único fin de la familia ya que siendo la procreación, la única finalidad, entonces no podría ser cumplida por las parejas de sexos opuestos que son estériles o que han decidido no procrear por voluntad propia.

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes tiene una interesante definición del derecho a formar a una familia porque reafirma el auxilio mutuo como finalidad y no la procreación. Como podemos observar los instrumentos internacionales empiezan a dar una visión más amplia del derecho y de las instituciones básicas de la sociedad como es la familia; este mismo instrumento permite a los jóvenes elegir sin restricciones a su pareja sin importar el sexo: **“la libre elección de la pareja, a la vida en común y a la constitución del matrimonio dentro de un marco de igualdad de sus miembros”**.

De conformidad con la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, y consecuentemente de la Constitución del Ecuador, las personas son libres de elegir a su pareja, con quien desean formar una familia, pues la reproducción como analizamos no es su único fin, sino el auxilio mutuo, el respeto, la solidaridad, la responsabilidad de ambos.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano a pesar de no contar con una definición clara de familia y una reforma sustancial del Código Civil que esté en concordancia con la nueva Constitución, reconoce a la familia en sus diversos tipos según su misma literalidad normativa y garantiza su protección bajo varios parámetros constitucionales e internacionales, sin excluir las relaciones de parejas del mismo sexo.

Reconocer a la familia ampliamente, no consiste en desnaturalizarla, sino, por el contrario, proteger aquellas relaciones familiares que no encuadran en el concepto tradicional, como por ejemplo: Concebir solamente a la familia cuando existe la figura paterna y materna. Existen muchas familias diferentes, como las de padres divorciados o madres solteras, pero que sin duda son familia.

Si decimos que la familia es una institución de vida, afirmamos que ésta está protegida por el derecho y por los principios que la rigen.

La declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 16, también señala a la familia como figura anterior al Estado y por ende dice que es ‘el elemento natural y fundamental de la sociedad’.

1.2. EL MATRIMONIO

El matrimonio como institución de derecho natural y carácter sagrado, sacramento para los católicos, se origina por medio de un contrato, único e indisoluble que tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la educación de la prole y la procreación. Valga decir que este contrato es solemne y por tanto está revestido de formalidades sustanciales.

De Casso, concibe al matrimonio como la “unión solemne e indisoluble de hombre y de mujer para prestarse mutuo auxilio y procrear y educar hijos”

Ahrens, dice que es “la unión formada por dos personas de distinto sexo a fin de producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física y de todas las relaciones que son su consecuencia”.

Existen instituciones de derecho romano que guardan el concepto esencial de matrimonio, como el Digesto y las Institutas:

“Las nupcias o matrimonio son la unión de un hombre y una mujer, para vivir en comunidad indisoluble”. (Capítulo I, IX, 1 de las instituciones de Justiniano.)

En el Digesto.- “El matrimonio es la unidad del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, participación de derecho divino y humano”

Sin ir tan lejos, podemos acertadamente decir que el artículo 81 del código civil definía el matrimonio en el mismo contexto, es decir, buscando la perpetuidad y unidad del vínculo:

“Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

En el año de 1903 entra en vigencia la ley de Matrimonio Civil, que desnaturaliza, por así decirlo la figura del matrimonio concebido hasta esas épocas; abandona el carácter sacramental que conlleva la unión del vínculo de forma indisoluble.

1.2.1. El matrimonio como contrato.

El matrimonio debe ser entendido como contrato y como institución: cuando hablamos de un acto constitutivo es un contrato y cuando se habla de un estado civil, claramente decimos que es una institución.

Dicho esto, para ser una institución hay que considerar lo que nos dice el célebre doctrinario y jurista Juan Larrea Holguín²⁷:

1. **“El matrimonio tiene un contenido fijo, que no depende de las partes contratantes”**; pues la ley establece el contenido y solo si los contrayentes se ajustan a él

²⁷ LARREA HOLGUÍN, Juan. Manual Elemental de Derecho civil del Ecuador. Séptima edición actualizada. Volumen 1. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2005.

pueden contraer nupcias. Caso contrario no existe modificación o interpretación normativa que permita una tipo de matrimonio que este fuera del margen de la ley.

2. **“Produce efectos que la simple voluntad no puede por sí sola producir”**; este punto es básico ya que son dos voluntades las que juegan el papel de conseguir el objetivo. La sola voluntad de uno de los contrayentes invalida el acto mismo del matrimonio.

3. **“Quienes lo contraen no pueden alterar sus normas o hacerlo terminar arbitrariamente”**; una vez contraído, puede terminar, además de por muerte, por divorcio. No se lo puede arbitrariamente dar por terminado o modificar los efectos del vínculo matrimonial, ya que estos están preestablecidos. Hay que tomar en cuenta que esta figura no solo que no es creada por el Estado sino que es producto de la naturaleza misma, basada en la familia, órgano fundamental de todo Estado y estructura del mismo.

Sin duda alguna, hay que tomar en cuenta lo que dice la Biblia, para sustentar el derecho natural que protege a esta institución como base en la familia:

“De la costilla que Yave había sacado al hombre, formo una mujer y la llevo ante el hombre. Entonces el hombre exclamó: Esta sí que es hueso de mis huesos y carne de mi carne; ésta será llamada Varona, porque del varón ha sido tomada. Por eso, el hombre dejará a sus padres, y se unirá a su mujer, y serán una sola carne.” (Génesis 2:23-24).

Por lo tanto, Eva fue tomada del “lado” de Adán, y es a su lado donde ella pertenece. “Y puso Adán nombre a todo animal y ave de los cielos y a todo ganado del campo, pero no se encontró en ellos un ser semejante para él para que lo ayudara.” (Génesis 2:20).

Dios busca que hombre y mujer se protejan, ayuden, auxilien, socorran. Eva fue creada para estar al lado de Adán como su “otra mitad”, para ser su auxilio y ayuda. Un hombre y una

mujer cuando se casan, se convierten en “una sola carne”. El Nuevo Testamento añade una advertencia a esta “unidad”. “Así que no son ya más dos, sino una sola carne; por tanto, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre” (Mateo 19:6). “Así que no son ya más dos, sino una sola carne; por tanto, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre” (Mateo 19:6).

En la misma Biblia se denota el punto de vista bíblico sobre el matrimonio y cómo los creyentes nacidos de nuevo deben conducirse dentro de sus relaciones matrimoniales. Uno de los principales pasajes, se encuentra en: 1 Corintios capítulo 7 y otro en Efesios 5:22-33.

El pasaje de Efesios describe a un exitoso matrimonio bíblico: “Las casadas estén sujetas a sus propios maridos, como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la iglesia, la cual es su cuerpo, y Él es su Salvador.” (Efesios 5:22-23) “Maridos, amad a vuestras mujeres, así como Cristo amó a la iglesia, y se entregó a sí mismo por ella.” (Efesios 5:25). “Así también los maridos deben amar a sus mujeres como a sus mismos cuerpos. El que ama a su mujer, a sí mismo se ama. Porque nadie aborreció jamás a su propia carne, sino que la sustenta y la cuida, como también Cristo a la iglesia” (Efesios 5:28-29). “Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y los dos serán una sola carne.” (Efesios 5:31)²⁸

Considero al respecto que estas definiciones dadas por la iglesia se deben a un sistema de imposiciones de desigualdad hombre-mujer, debido al carácter patriarcal en que se fundamentan.

Finalmente la actual Constitución del Ecuador y el Código Civil, en su orden, se pronuncian respecto al matrimonio:

Artículo 67 de la Constitución: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. **El estado la protegerá** como núcleo fundamental de la sociedad y garantizara condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

²⁸ Génesis 2. (20,23, 24). La Biblia antiguo testamento. Pág.40

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundara en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

Artículo 81 del Código Civil: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”

Así concluimos que el matrimonio nace del derecho natural, y que por las necesidades propias de su naturaleza se ha requerido constituirlo como una de las más importantes instituciones jurídicas, la cual ha sido protegida y regulada por varias normas de nuestro ordenamiento jurídico, el cual se ha ido adaptando, cambiando y desarrollando conforme a las nuevas necesidades sociales y tendencias culturales.

Federico Puig Peña, habla del derecho de familia y manifiesta que ésta es una institución que asentada sobre el matrimonio enlaza en unidad total a los cónyuges y a sus descendientes, para que presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de la satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.

Este concepto ha quedado superado, puesto que la familia no es solo una institución asentada en el matrimonio, o en el plano jurídico constituido por legítimas nupcias, hemos de entender que de conformidad con la Constitución del Ecuador, también puede conformarse de una relación libre de vínculo matrimonial, dando lugar a la familia de hecho.

Es por esta razón que el llamado pacto de New York, de abril de 1968 contiene los siguientes postulados:

El artículo 21.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello.

El matrimonio no puede celebrarse sin el pleno y libre consentimiento de los contrayentes. Los estados partes en el presente pacto tomaran las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambas partes en el matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

Consecutivamente, decimos que la familia es anterior al Estado, es una institución de derecho natural, independiente al derecho positivo civil, en el sentido de que el Estado solo se limita a regular los efectos jurídicos del mismo.

En concordancia, Juan Larrea Holguín manifiesta sobre el derecho natural que “Mientras más poderosas son las fuerzas de la creación, más admirable orden se descubre en ellas. Y el hombre con su inteligencia y voluntad es el dominador de este mundo, pero también latén en sus fuerzas de pasión, capaces de dominarlo, y de destruirlo. Si no existiera un orden superior, independiente del libre querer del propio hombre, y vinculado a la vez con su propia naturaleza, esas serían las únicas fuerzas de la naturaleza no reguladas por la ley natural”.

El matrimonio como contrato es aquel que se realiza mediante un acto libre de los contrayentes quienes en forma coincidente y espontánea manifiestan su voluntad de casarse. Esta libre voluntad es la expresión de que existe CONSENTIMIENTO, requisito de existencia y validez de todo contrato. Este contrato está revestido de solemnidades, porque existe mayor seriedad del acto y tratándose de matrimonio debe existir una verdadera exigencia de cumplimiento de requisitos ya que aquel da origen a la familia.

Conforme a nuestra Constitución, el matrimonio exequiblemente debe darse entre un hombre y una mujer, siendo uno de sus principios velar por el cumplimiento de la monogamia.

El matrimonio tiene vigencia desde el momento de su celebración y por lo tanto no admite plazos ni condiciones como ocurre en otra clase de contratos; éste surte efectos desde el instante en el que los contrayentes manifiestan libre y espontáneamente su consentimiento ante el funcionario competente.

La convivencia de la pareja es fundamental en este contrato, pues si bien esta intrínseca en la subjetividad de ambos individuos, ésta se materializa justamente en la institución del matrimonio.

La procreación es el punto más controversial de este tema, se ha dicho que es la procreación el fin último que busca el matrimonio, con el fin de propagar la especie humana, siendo lo que da sentido al contrato en mención; obviamente, esta no debe realizarse instintivamente como en especies inferiores, sino debe existir una verdadera planificación familiar. Es la procreación la que trae consigo muchísimas obligaciones de los contrayentes para con sus hijos, como la educación, la alimentación, vestimenta, valores, etc. Pero como se ha expuesto, hemos de entender que la procreación no es el fin último del matrimonio, pues entre otros de sus fines, encontramos el auxilio mutuo, siendo este un requisito esencial a su vez del contrato de matrimonio; ya que si realmente existe la voluntad de los contrayentes convencidos en que el matrimonio tiene lazos afectivos, entonces surge inmediatamente la cooperación espontánea y desinteresada, haciendo de la familia sostenible tras el pasar de los años.

1.2.2. El matrimonio como sociedad legítima

Para examinar este punto, debemos reflexionar sobre la diferenciación de dos términos: El primero, en cuanto a que se entiende por legitimidad; y el segundo, en cuanto a que se entiende por “jurídico”.

Siendo así, el matrimonio, se entiende jurídico cuando éste está sustentado en una norma o en cuerpo normativo y ha cumplido los presupuestos legales establecidos. En cambio, es legítimo, cuando el matrimonio nace de una voluntad que no puede ser otra que la de los contrayentes y que consecuentemente legitiman el acto jurídico contemplado en la ley. Así lo

contempla el Código Civil, al definir a la ley como la declaración de la voluntad soberana (no individual), que manifestada y prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite.

Entonces, la consecuencia lógica sería decir que se legitima el matrimonio por la voluntad del pueblo manifestada a través del legislador en un cuerpo normativo, que es la ley. Solo ahí, materializada la voluntad soberana, nacen derechos y obligaciones que protegen a los contrayentes a través de la institución del matrimonio.

No podemos dejar a un lado el hecho de que la familia es anterior al Estado y que está legitimada por el derecho natural. Concomitantemente, el legislador lo único que hace es crear derechos y obligaciones regulando esta institución a través de la figura jurídica del matrimonio, por ende solo la hace jurídica y se entiende legitimada por la voluntad misma de los contrayentes en el derecho natural.

CAPITULO II

2. LA UNION DE HECHO Y SU RELACION CON LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DEL MATRIMONIO.

2.1. EL PATRIMONIO FAMILIAR.

2.1.1. Concepción del Patrimonio Familiar.

El Código Civil desarrolla la institución del patrimonio familiar de la siguiente manera:

Art. 835.- El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tienen derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores.

El artículo 836 del mismo cuerpo legal complementa la definición, diciendo: “(...) Podrá también instituirse un patrimonio familiar sobre bienes propios de cualquiera de los cónyuges, a favor de sus hijos”.

El Artículo 225 reconoce la posibilidad de que personas unidas de hecho puedan constituir patrimonio familiar.

Art. 225.- Las personas unidas de hecho podrán constituir patrimonio familiar para sí y en beneficio de sus descendientes, el cual se regirá por las reglas correspondientes de este Código.

Ahora bien, si finalmente aplicamos el artículo 68 de la Constitución en relación a las normas indicadas, esta institución jurídica abarca también a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, ya que en ningún momento el artículo 225 hace distinciones de sexo, o establece prohibiciones legales. Claramente dice: “Las personas unidas de hecho (...)”

Al decir “las personas”, no aclara si es entre hombre y mujer o entre personas del mismo sexo, concordantemente, con la Constitución del Ecuador que tampoco hace distinción alguna al respecto.

Económicamente, el patrimonio familiar busca precautelar los intereses familiares y sobre todo sus activos frente a posibles acciones que perjudiquen la estabilidad del hogar.

2.1.2. Los objetivos específicos de la institución patrimonial.

El objetivo principal es lograr que la propiedad inmueble se mantenga en la familia, aunque se divorcien o fallezcan los instituyentes. Tiene el propósito de asegurar el núcleo familiar beneficiario, previniendo eventualidades y procurando mantener un lugar seguro o una renta, libres de la acción de terceros

En tal motivo, los acreedores de los instituyentes no podrían hacerse pago de sus créditos ejecutando el patrimonio familiar constituido legalmente. Principalmente, porque los bienes que están así constituidos son inembargables, indivisibles e inalienables.

Solamente cuando el juez califique los casos de necesidad y conveniencia, los bienes constituidos en patrimonio familiar, pueden darse en arriendo²⁹.

²⁹ Art. 841.- En los casos de necesidad o conveniencia, calificados por el juez, previo conocimiento de causa y audiencia del ministerio público, podrá el instituyente dar en arriendo los inmuebles que formen el patrimonio.

El ministerio público se cerciorará de la necesidad y conveniencia del acto, bajo su más estricta responsabilidad.

En conclusión, la inalienabilidad y la indivisibilidad son las principales características que revisten el objetivo de la figura del patrimonio familiar.

2.1.3. Derechos y obligaciones del patrimonio familiar.

Existen derechos y obligaciones que se generan a partir de la creación del patrimonio familiar, a favor de los beneficiarios; consecuentemente, su obligación es que los bienes así constituidos no pueden ni deben ser transferidos a favor de terceros, pues es responsabilidad del o los beneficiarios reforzar a la familia y desarrollar otras actividades productivas.

Es deber del instituyente constituir bienes exentos de gravámenes de hipotecas y de cualquier otro gravamen³⁰.

Al respecto hay que considerar un hecho relevante; el Código Civil, en su artículo 2370 numeral uno expresa *“Los acreedores tendrán derecho para que rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución del patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”*. Consecuentemente, el numeral 2 establece que: *“Los actos y contratos no comprendidos bajo el numero precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores; la prescripción de la acción concedida en*

³⁰ **Art. 839.-** Los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preestablecidas y el de las que llegaren a ser forzosas y legales.

este artículo, para que puedan ejercer cualquier derecho los acreedores, será de un año, contando desde la fecha del acto o contrato”.

La legislación también precautela los derechos de terceros, tomando en cuenta estos puntos expuestos, porque en el evento de que exista mala fe de las partes intervinientes en el contrato, les otorga plena facultad a los acreedores para pedir la rescisión del acto o contrato de constitución voluntaria del patrimonio familiar, con licencia judicial.

2.1.4. Afectación contra terceros para organizar el patrimonio familiar.

El artículo 847 del Código Civil vigente expresa: *“Si hubiere oposición para la constitución del Patrimonio familiar se la resolverá por el trámite del juicio verbal sumario.*

Cuando algún acreedor con suficiente título se opusiere, el juez no concederá la licencia judicial mientras el instituyente o instituyentes no cancelaren la obligación o aseguraren suficientemente el pago”.

Es así que se protege el posible perjuicio que puede ocasionarse a terceras personas que sean acreedoras.

Así mismo, se protege a las personas a quienes el instituyente debe alimentos, ya que en estos casos se prohíbe la constitución del patrimonio familiar en perjuicio de ellos, quienes pueden ejercer acción rescisoria en caso de que esto suceda.

También se protege a aquellas terceras personas que puedan resultar perjudicadas por la mala fe de los constituyentes del patrimonio familiar.

Art. 850.- La constitución del patrimonio familiar no podrá hacerse en perjuicio de los derechos de los acreedores, ni de las personas a quienes deba alimentos el instituyente, quienes podrán ejercer en contra de éste, acción rescisoria, dentro del plazo de prescripción que se contará desde la inscripción de la escritura.

Si el patrimonio familiar se constituye a sabiendas del perjuicio que ocasiona a terceros. Los afectados pueden ejercer acciones legales para dejar sin efecto tal acto, podrían demandar la rescisión del contrato.

El artículo 2370, numerales 1, 2 y 3 manifiestan respectivamente:

Numeral 1.- Los acreedores tendrán derecho para rescindir los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución del patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociéndolo ambos el mal estado de los negocios del primero.

Numeral 2.- Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

Numeral 3.- Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

2.1.5. Planificación institucional del patrimonio familiar.

El valor de los bienes que pueden constituirse en patrimonio familiar tiene dos aspectos: el primero; cuando es voluntario, es limitado en su cuantía, esta no puede exceder de los límites establecidos en la ley.

En cambio, cuando el patrimonio familiar ha sido constituido por el Ministerio de la Ley, resulta indeterminada. Por ejemplo si en un lote de terreno que ha sido adquirido vale USD \$5.000.000 o más, con un préstamo del Banco ecuatoriano de la vivienda, construimos una casa, cualquiera que sea el valor de la construcción, el patrimonio familiar se entiende automáticamente constituido. Así lo establece el artículo 48 de la Ley Sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda:

Art.48.- Los bienes inmuebles que se adquieran para fines habitacionales y las viviendas que se construyan, amplíen o terminen con préstamos hipotecarios otorgados por el Banco Ecuatoriano de la vivienda constituyen patrimonio familiar, por Ministerio de la Ley (...) Los bienes constituidos en patrimonio familiar, según lo previsto en la presente Ley, podrán ser embargados únicamente para el cobro de los créditos concedidos por las entidades a las que se refiere el inciso primero de este artículo (...).

El hecho de que estos bienes sean embargados ha sido criticado, en el sentido de que se afecta a la naturaleza jurídica del Patrimonio Familiar. Existe contradicción entre la naturaleza jurídica, que en el Código Civil se la establece como una limitación del dominio; y por ende como inalienable, inembargable y no susceptible de ningún gravamen: frente a lo que se dispone en la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda en la que se determina que los bienes adquiridos por este sistema quedaran constituidos en Patrimonio Familiar, de pleno derecho; pero además, que dichos bienes QUEDARAN HIPOTECADOS ANTE ESTAS ENTIDADES FINANCIERAS, las mismas que adicionalmente pueden enajenarlo hasta por medio de una simple decisión Administrativa³¹.

³¹ MERINO BARRERO, Byron Eduardo “Los Constituyentes Frente a la Limitación de Dominio del Patrimonio Familiar en la Legislación Civil Ecuatoriana”. <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/344/1/Merino%20Byron%20AB0335.pdf>. Fecha de acceso: 22 de Mayo de 2012

El artículo 884 del Código Civil ordena que para la validez del Patrimonio Familiar, se requiere autorización del Juez competente y principalmente que la escritura de constitución del Patrimonio Familiar, en la que se debe insertar la sentencia del Juez que autorice el acto, se inscriba en el Registro de Gravámenes de la propiedad del cantón, en el que estuviesen situados los bienes.

El patrimonio familiar desde el punto de vista social.- Se establece que para dar efectividad y consistencia a la familia; entre los beneficiarios pueden estar comprendidos el marido, la mujer o ambos, los hijos menores de edad, los mayores incapaces y los descendientes hasta el segundo grado.

Se entiende que se considerará beneficiarios, a los descendientes hasta el segundo grado, cuando en la escritura de constitución se los cite.

En el patrimonio familiar se puede excluir de este beneficio a uno o más hijos comunes, ya que toda persona capaz puede disponer libremente de los suyos.

2.2. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.

2.2.1. Las capitulaciones matrimoniales como contrato.

Son un contrato, en vista de su naturaleza, en cuanto dan nacimiento a una obligación.

Juan Larrea Holguín manifiesta que la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales, no es solo contractual sino también convencional. Se basa en el hecho de que los contratos generan derechos y obligaciones, sin embargo la convención, no siempre genera obligaciones³². El tema convencional lo podemos denotar en el simple hecho de que se estipule asumir deudas o establecer quien administra la sociedad conyugal o fijar una pensión para la cónyuge, no se establece una obligación, tan solo se le otorga un derecho al otro cónyuge.

En nuestra legislación, el artículo 150 del Código Civil, define:

“Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro”.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgan por escritura pública o en el acta matrimonial. Cuando se otorgan después de la celebración del matrimonio, se deben realizar mediante escritura pública; y si se celebran al momento de contraer matrimonio, deben constar en el acta matrimonial. Es indispensable que al margen de la partida de matrimonio consten las capitulaciones. Si comprende inmuebles se inscribirán en el correspondiente registro de la propiedad³³.

Por su naturaleza, éstas pueden ser revocadas o modificadas antes o durante el matrimonio. La ley establece que para que cualquier modificación sea válida, a más de cumplir con las mismas solemnidades requeridas al momento de su celebración, es necesario que se

³² LARREA HOLGUIN, Juan. “Manual elemental de derecho civil del Ecuador”. Volumen 1. Séptima edición. Editorial Corporación de estudios y publicaciones. Ecuador, 2005. Pag.267.

³³ Código Civil.- **Art. 151.-** Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, o en el acta matrimonial. Si se refieren a inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente y, en todo caso, se anotarán al margen de la partida de matrimonio.

agregue un extracto o minuta al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio, en su caso. En conclusión, no valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan sin tomar en cuenta lo anteriormente dicho³⁴.

Por ser un contrato es necesario especificar lo que se aporta al matrimonio con su respectivo valor, servirá al momento de liquidar la sociedad conyugal. Las estipulaciones que se hagan no son taxativas, los cónyuges pueden establecer diversas formas de administración de la sociedad conyugal, siempre y cuando no afecten a terceros, ni atenten contra normas de orden público.

Los cónyuges pueden hacer concesiones patrimoniales de cualquier naturaleza al otro, como dividir gananciales en una forma diversa a la establecida en la Ley o asignar a la mujer una pensión periódica para que ella disponga a su arbitrio³⁵.

Existen prohibiciones contenidas en la ley, como pactar que la sociedad conyugal comience antes o después del matrimonio, o estipular que los cónyuges, no van a procrear o auxiliarse³⁶.

No tienen valor las estipulaciones contrarias al orden público y a la moral y buenas costumbres. Sería ilícito todo lo que contravenga la ley.

³⁴ Código Civil.- **Art. 156.-** No valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, aunque se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se anexe un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio, en su caso.

³⁵ Código Civil.- Art. 171.- (...) Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue, por una vez o periódicamente, una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto expresamente al marido.

³⁶ Código Civil.- Art. 154.- (...) No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio. Toda estipulación en contrario es nula.

No se podrá tampoco renunciar al ejercicio de las acciones de nulidad, de divorcio o alimentos o cualquier otra de carácter público³⁷.

Las capitulaciones matrimoniales son efectivas solo en el momento mismo de la celebración matrimonial, aun cuando estas se hayan estipulado antes, pues la misma ley habla de “presente o futuro” y solo ahí se puede hablar de efectos jurídicos.

Las estipulaciones que hagan los cónyuges pueden durar el tiempo que dure la sociedad conyugal; por ser un contrato, éstas deben ser solemnes, puesto que deben reunir las formalidades contenidas en la ley. Además están condicionadas al acto matrimonial, no son independientes. Bien podríamos decir que las capitulaciones matrimoniales constituyen el régimen social anterior a la constitución de la sociedad conyugal, cuando media la autonomía de la voluntad como fuente de obligación. La sociedad conyugal es accesoria en el caso de no existir estipulaciones entre cónyuges, pues en ese caso operaría la sociedad conyugal automáticamente por el hecho del matrimonio.

Los requisitos para la celebración de las capitulaciones matrimoniales son que exista o que se espera que exista un matrimonio legal, es decir que se celebre con las solemnidades previstas en el ordenamiento jurídico, aun cuando los que celebren fuesen incapaces relativos. Al respecto el artículo 154 manifiesta que:

“El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer, en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor.

³⁷ Código Civil.- **Art. 123.-** Son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio.

Lo es también el derecho del cónyuge a que, en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el Art. 112.

El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor”.

Las estipulaciones hechas por los incapaces relativos, deben estar perfeccionadas en el mismo matrimonio, no cabría una ratificación posterior, ya que deben ser convalidadas, por ejemplo, en el caso de un menor de edad al momento de celebrar el matrimonio, sus estipulaciones las ratifican los responsables o sus representantes.

El Código de Comercio incluso prevé que las capitulaciones se inscriban en el registro mercantil, cuando se trate de comerciantes.

Todo lo antedicho, hace de las capitulaciones matrimoniales una verdadera figura jurídica revestida de solemnidades y requisitos, que provocan la legitimidad de este acto, caso contrario se produciría la nulidad, como en todo contrato.

Conforme la legislación ecuatoriana las capitulaciones matrimoniales provocan la separación de bienes, esta puede ser convencional, siempre y cuando los cónyuges hayan pactado la separación total de bienes en sus estipulaciones. La separación de bienes puede ser también judicial o legal.

2.2.2. Requisitos previos para las capitulaciones matrimoniales.

Quienes tengan la capacidad para contraer matrimonio, pueden celebrar capitulaciones matrimoniales. Es importante citar la capacidad pues es uno de los elementos más importantes para la perfección de este acto. Sin embargo no podemos dejar a un lado otros factores importantes en su celebración: por ejemplo que exista consentimiento, y que sobre todo este no

adolezca de vicio alguno. Estos vicios pueden ser el error, la fuerza y el dolo. Así mismo encontramos como requisito el objeto, este debe ser lícito; y por supuesto la causa lícita.

Retomando, la capacidad de la que nos habla el artículo 1461 del Código sustantivo Civil, consiste en que pueda obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Con respecto a que las personas se puedan “obligar por sí mismas”, hay que hacer una consideración excepcional; esto es referente a los menores de edad, que aún no han obtenido la mayoría de edad, para lo cual, necesitan indispensablemente la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento haya sido necesario para el matrimonio. Lo predicho se encuentra en el artículo 154 del Código Civil. De igual manera y por las mismas reglas se regirán las personas que se hallen en curaduría, cuando la causa de su imposibilidad no sea la minoría de edad.

El artículo 1464 permitiría que un menor pueda contraer capitulaciones matrimoniales por medio de quien lo represente legalmente, pues, los actos de este surtirán los mismos efectos como si hubiese contratado el mismo (menor de edad).

Art. 1464.- Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, **surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo...** (el subrayado y las negrillas me pertenecen).

En cuanto al consentimiento, este debe ser claro, real y manifiesto, no simulado, sin que medie confusión, como el error de hecho en el que se cree una cosa por otra. Cuando el error ha sido en base a la persona (identidad) con la que se va a contraer matrimonio, tal como lo establece el artículo 1471 se vicia el consentimiento, produciendo la nulidad del acto; de tal forma que las capitulaciones matrimoniales serán nulas a su vez.

Al respecto, Jacques Maritain, dice:

|

“El amor no se dirige a las cualidades, no se aman cualidades. Lo que se ama es la realidad más fundamental, sustancial y escondida, la más existente del ser amado, un centro metafísico más profundo que todas las cualidades y las esencias que puede descubrirse en el ser amado (...)”³⁸.

La Fuerza en el consentimiento lo vicia, en vista de que quien padece de ella, se ve inmerso en un miedo o temor no simplemente reverencial, relativo a que algún familiar pueda ser agredido o puesto en inmenso peligro. El simple temor reverencial no basta para que el consentimiento se vicie.

Al igual que el error, la fuerza, en las capitulaciones matrimoniales surte el mismo efecto negativo. No puede celebrar capitulaciones matrimoniales quien ha sido forzado a hacerlo, pues sería un acto nulo.

El artículo 1474 dice: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.” El dolo deberá probarse, y en tal caso la persona será sujeto de indemnización a favor.

Una vez que se han reunido todos los requisitos y las solemnidades pertinentes, las personas que lo deseen podrán celebrar libremente las capitulaciones matrimoniales que quieran.

2.2.3. Clases de nulidad de las capitulaciones matrimoniales.

³⁸ LARREA HOLGUIN, Juan. “Manual elemental de derecho civil del Ecuador”. Volumen 1. Séptima edición. Editorial Corporación de estudios y publicaciones. Ecuador, 2005. Pag.182.

Por ser las capitulaciones matrimoniales un acto en el que se necesita, para su existencia y validez, la capacidad, el consentimiento del individuo, el objeto y la causa lícita, concomitantemente y de manera general, a falta de uno de estos requisitos, se produce la nulidad del acto.

Así mismo, la falta de autorización contemplada en el artículo 154 del Código Civil, acarrea la nulidad, pero relativa respecto a quien necesita de la autorización y por ende subsanable, tanto por la ratificación de quien contrata, como por el simple transcurso del tiempo. Por regla general quien puede contraer matrimonio puede celebrar capitulaciones.

En cuanto a las personas incapaces absolutas, éstas no podrían celebrar capitulaciones matrimoniales, por ejemplo los dementes y los impúberes, ya que ni si quiera pueden contraer matrimonio. En las demás incapacidades como la del disipador, solo podrá celebrar capitulaciones a través de su guardador, a falta del consentimiento del guardador, el acto es nulo.

A pesar de lo dicho, la ley contempla nulidades expresas, por ejemplo, el hecho de pactar en la capitulación matrimonial, que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse matrimonio.

Al respecto cabe destacar que las personas que se encuentran en unión de hecho no pueden convenir en capitulaciones matrimoniales, pero si estipular en escritura pública un régimen económico distinto al de la sociedad de bienes, de acuerdo con lo previsto en el Art. 224 del Código Civil.

Art. 224.- “La estipulación de otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes deberá constar de escritura pública.”

CAPITULO III

3. LA SOCIEDAD CONYUGAL Y LA SOCIEDAD DE BIENES.

3.1. La sociedad conyugal.

3.1.1. Enfoque doctrinario de la sociedad conyugal.

Fernando Fueyo respecto de la sociedad conyugal manifiesta:

“Es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, se logra un fondo común destinado al problema económico y rige de pleno derecho, salvo pacto expreso que modifique el régimen.”³⁹

La sociedad conyugal, que es la sociedad de bienes en el matrimonio, está compuesta por los bienes que aportan los cónyuges así como por los pasivos, los cuales conforman un conjunto patrimonial.

Guillermo Cabanellas dice que la sociedad conyugal es la unión y relaciones personales y patrimoniales que, por el matrimonio, surgen entre los cónyuges.⁴⁰

3.1.2. Naturaleza de la sociedad conyugal.

³⁹ FUEYO, Fernando. Derecho Civil. Valparaíso Chile. Tomo 6. Vol.2. Impreso y Lit. Universo 1959.

⁴⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Edición. Maliasta Tomo 3. Buenos Aires. Enero 1976

Somarriva Unduraga, en su libro derecho de familia, concibe a la sociedad conyugal como una sociedad de bienes formada entre los cónyuges por el hecho del matrimonio⁴¹.

El régimen de bienes de la sociedad conyugal es un todo común, en el que intervienen los adquiridos durante la sociedad conyugal, sin perjuicio de los beneficios que generen los individuales de cada cónyuge, adquiridos antes de la conformación de esta masa común de bienes. Está destinada a servir los más altos intereses familiares, y de manera única a disolverse y liquidarse en el momento en que las partes voluntariamente lo deseen o por mandato de la ley.

Mariela López, en su tesis de grado, hace un análisis de la naturaleza de la sociedad conyugal; básicamente diferenciándola de una sociedad per se. La sociedad nace de un contrato, a diferencia de la sociedad conyugal que deriva de la ley como consecuencia inmediata del matrimonio. Lo que quiere decir que no existe la posibilidad de contratar una sociedad conyugal sin contraer nupcias previamente, y aun contrayendo matrimonio, no podemos hablar de un contrato de sociedad, pues de forma ipso facto se genera la sociedad conyugal. Es por eso que se prohíbe dentro de las capitulaciones matrimoniales pactar que se genere la sociedad conyugal con anterioridad al matrimonio; justamente porque no se trata de un contrato⁴².

Esta tesis se encuentra sustentada por Fueyo Laneri, que sostiene que: “Esta sociedad conyugal no tiene sociedad más que la idea general de asociación y sería un error asimilar la Sociedad Conyugal al contrato de sociedad”.

En la sociedad conyugal la ley limita la posibilidad de que más de dos personas la contraigan, a diferencia de la sociedad civil en la que pueden más de dos socios constituirla. En cuanto al aporte, este es sumamente indefectible para su conformación; en el caso de la sociedad

⁴¹ SOMARRIVA UNDURAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile. Pág.84.

⁴² LOPEZ, Flor Mariela. “El Régimen Patrimonial en el Matrimonio”. Tesis de Grado. Universidad de Colombia. Bogotá 194. Pág. 53

conyugal los cónyuges o bien ninguno de ellos está obligado a contribuir con un aporte para que esta se conforme.

El reparto de gananciales de la sociedad conyugal, se distribuye por partes iguales. En la sociedad la ganancia se reputa al monto del importe de cada socio. Es decir si un socio aportó más del cincuenta por ciento, su ganancia será equivalente al monto que aportó, a prorrata de lo que los otros socios aportaron en la sociedad.

En definitiva es inadmisibile que la sociedad conyugal se equipare a una sociedad como persona jurídica, ya que la persona jurídica es un ente ficticio, legalmente representada por su gerente, gerente general, presidente, etc. y constituida por accionistas o socios. En el caso de la sociedad conyugal la figura es distinta, en vista de que no existen accionistas o socios para conformarla; esta sociedad depende del marido y de la mujer por el hecho del matrimonio, en el que los bienes de ambos se acumulan por partes iguales, aun cuando sus aportes no sean iguales.

La sociedad conyugal depende de la duración del vínculo matrimonial, por lo que solo las partes de mutuo acuerdo o a través de un juez pueden disolverla; generándose, recién ahí, una pluralidad de derechos.

Pluralidad, me refiero a los derechos que tienen tanto la mujer, el marido y los hijos, en caso de muerte de uno de los cónyuges.

3.1.3. Características de la sociedad conyugal.

José García Falconí, en su libro “Disolución de la Sociedad conyugal y terminación de la unión de hecho”, nos habla de ciertas características de esta institución. Al respecto podemos decir:

- Para los terceros no hay más que dos patrimonios, el del marido y el de la mujer, no existe patrimonio social;
- Para los cónyuges existen tres patrimonios.- el social y el propio de cada uno;
- La sociedad conyugal nace por la ley, por el solo hecho del matrimonio; **salvo ciertas consideraciones o pacto en contrario** (las negrillas son mías).
- La Sociedad Conyugal solo existe entre marido y mujer y se disuelve ipso facto, si falta uno de ellos; así si fallece uno de los cónyuges, se forma una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge difunto;
- El cónyuge que no ha administrado la sociedad conyugal puede renunciar a los gananciales;
- En la sociedad conyugal, los gananciales se dividen por mitad, cualquiera sea el monto de los aportes y aunque uno de los cónyuges no haya aportado nada;

Manuel Somarriva, señala otras características:

- La sociedad conyugal existe aun cuando alguno o ambos cónyuges nada aporten;
- Las gananciales se distribuyen: cincuenta por ciento para cada uno;
- La administración corresponde al marido. Al respecto nuestro Código Civil en el artículo 180 dice: “Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales” a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido. Obviamente, se aprecia el avance de nuestra legislación, puesto que la administración de la sociedad ya no solo se limita a la administración del marido.

Al respecto, es importante hacer una puntualización en cuanto a la sociedad de bienes producto de una unión de hecho; puesto que el artículo 230 del Código Civil manifiesta:

Art. 230.-“La administración ordinaria de la sociedad de bienes corresponde al conviviente que hubiere sido autorizado mediante instrumento público. A falta de autorización la administración corresponde al hombre.”

Si analizamos este artículo matizado con la normativa constitucional referente a las uniones de hecho, concluimos lo siguiente:

Primero.- Podemos observar que si la unión de hecho se configura entre personas heterosexuales, no hay ningún problema. Sin embargo, si dos personas del mismo sexo contraen una unión de hecho legal, la administración y representación de la sociedad de bienes toma un interés relevante. De la lectura del artículo 230 CC, podemos concluir que no existe ningún inconveniente para determinar quién se haga cargo de la administración de la sociedad de bienes en una unión de hecho constituida por dos personas del mismo sexo; siempre y cuando haya existido voluntad de su conviviente en autorizar mediante instrumento público tal administración al otro.

Es decir, dos personas del mismo sexo establecidas en unión de hecho deberán, necesariamente, autorizar la administración al conviviente que deseen, ya que no se aplicaría el artículo 230 del Código Civil, respecto de que “(...) *a falta de autorización la administración corresponde al hombre.*” Siempre deberá mediar una autorización para evitar problemas posteriores.

Segundo.- El problema de la administración de la sociedad de bienes, aparece a partir de la falta de autorización de un conviviente a otro para administrar la sociedad. Lo dicho, se manifiesta en el artículo 230 que dice: “(...) *a falta de autorización la administración corresponde al hombre.*” Es decir, si la unión de hecho se produce entre personas del mismo sexo, cuál de ellas será considerada como hombre para efectos de la administración de la sociedad.

La solución frente a este problema es que siempre medie una autorización legal a través de un instrumento público en el que se otorgue la calidad de administrador de la sociedad de bienes al conviviente respectivo. Esto reduce el riesgo de que se presenten incongruencias legales posteriores.

La sociedad conyugal tiene un principio y un fin fijado en la ley. Este principio es justamente la constitución de un patrimonio social, en el que el fin es buscar la protección familiar tanto de los cónyuges como de sus hijos.

Los miembros de la Sociedad Conyugal solo son DOS Y DE DIVERSO SEXO. Sin embargo, en la sociedad de bienes, no se hace ninguna referencia al hecho de que sean dos personas de “DIVERSO SEXO” solamente. La Constitución del Ecuador claramente dice que el matrimonio es entre hombre y mujer, por ende que la sociedad conyugal será entre hombre y mujer. Pero, en cuanto a la unión de hecho dice que esta es entre “DOS PERSONAS”, por tanto, es lógico concluir que la sociedad de bienes procede tanto entre dos personas del mismo sexo como entre dos personas de distinto sexo.

Si la Constitución reconoce la posibilidad de que dos personas del mismo sexo se constituyan en unión de hecho, es consecuente entender que se produzcan efectos personales y económicos entre ellos.

3.1.4. Régimen de gananciales y la administración de la sociedad conyugal.

Antes de la vigencia de la Ley 43 la administración de la sociedad conyugal, le correspondía al marido, quien también administraba los bienes propios de la mujer, pues estaba impedida de hacerlo en vista que al casarse pasaba a ser incapaz relativa. Sin embargo, este punto fue superado, dejando a un lado el papel dual del marido en tanto era administrador ordinario de la sociedad y representante legal de su mujer.

Hoy en día la mujer tiene derecho a administrar la sociedad conyugal, si así lo conviene con el marido, pero a falta de este acuerdo el marido será quien administre los bienes.

La elección de la administración debe hacérsela antes de contraer matrimonio o en el momento de su celebración, manifestándose su voluntad en el acta de matrimonio; por lo que la declaración en el caso es convencional.

Nuestro Código Civil contempla dos tipos de administración de la sociedad conyugal:

La primera es la ordinaria y la segunda es la extraordinaria.

En la administración ordinaria de la sociedad conyugal, quien la administre se sujetará a las obligaciones establecidas en la ley y en las capitulaciones matrimoniales. Una de las obligaciones determinadas en la ley es precisamente que todo acto que haga el administrador responsabilizan a la sociedad conyugal, por lo que no debe prescindir del necesario consentimiento del otro cónyuge.

“Artículo 187.- Todos los actos y contratos del cónyuge administrador obligarán a la sociedad conyugal, y sólo subsidiariamente al patrimonio del cónyuge que se hubiere beneficiado”.

Existe una excepción en cuanto a la necesaria autorización de un cónyuge para que el otro ejecute actos, esta se encuentra contenida en el artículo 181 del Código Civil, por lo que se debe contar con autorización de un juez competente del domicilio del cónyuge imposibilitado para otorgar su consentimiento al momento de la celebración de cualquier acto.

La falta de estos requisitos acarrea la nulidad del acto o contrato celebrado.

En cuanto a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, el artículo 185 manifiesta ciertos requisitos para que se configure:

-Que uno de los cónyuges se encuentre en interdicción.

-Que uno de los cónyuges se encuentre ausente por más de tres años sin comunicación con su familia.

Solo en estos dos casos la administración conyugal corresponderá al otro cónyuge que anteriormente no ostentaba tal calidad.

El artículo 183 del cuerpo normativo civil, en cuanto a los gananciales, deja una determinación expresa que aun cuando el marido o la mujer renuncien a los gananciales, a través de capitulaciones matrimoniales, los frutos de sus bienes propios, se concederán a la sociedad conyugal para soportar las cargas del matrimonio, obviamente con la obligación de restituir esos bienes al patrimonio del cónyuge. Sin embargo cuando los cónyuges han establecido separación total de bienes, los frutos de estos no servirán para el mantenimiento del hogar común, ni serán administrados por el otro cónyuge en caso de que el otro administre la sociedad.

3.1.5. La renuncia de los gananciales, la separación y sus causas.

Los gananciales son las utilidades patrimoniales de la sociedad conyugal, las cuales por su propia naturaleza (patrimonial), son renunciables.

El objetivo de la renuncia es liberar de responsabilidad por las obligaciones de la sociedad conyugal al cónyuge renunciante. Como derivación de esta renuncia, se trasladan todos los bienes y obligaciones al otro cónyuge (al que no renuncia)

El artículo 203 del Código Civil reza: “Disuelta la sociedad conyugal, el cónyuge mayor o sus herederos mayores de edad, tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuvieran derecho. No se permite esta renuncia al menor de edad, ni a sus herederos menores, sino con aprobación judicial.”

Así mismo, el artículo 204 manifiesta: “El cónyuge podrá renunciar mientras no haya entrado en su poder alguna parte del haber social, a título de gananciales (...)”.

Por ejemplo, una vez liquidada la sociedad conyugal comprendida por dos inmuebles, en la que cada cónyuge se quedó con uno de ellos, no se podrá renunciar posteriormente a los gananciales ya que estos bienes han entrado a formar parte del patrimonio de cada cónyuge. En caso de querer renunciar a los gananciales, el cónyuge deberá hacerlo una vez disuelta la sociedad conyugal y antes de liquidarla; es decir mientras no haya se haya beneficiado del haber social, a título de gananciales.

El artículo 204, adicionalmente dispone que “(...) *Hecha una vez la renuncia, no podrá rescindirse, a menos de probarse que el cónyuge o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales. Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad*”.

Con la renuncia del cónyuge o de sus herederos, los derechos de la sociedad y del otro cónyuge se confunden e identifican.

El cónyuge que renuncia conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones.

En conclusión, del análisis de la normativa respecto a la renuncia de gananciales contenida en el Código Civil, para que ésta proceda se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Capacidad de quien renuncia, en el caso de que quien quiere renunciar es menor, se requiere de aprobación judicial.
- Que se haya disuelto la sociedad conyugal.
- Que el que renuncia puede hacerlo mientras no haya entrado en poder de alguna parte del haber social, a título de gananciales.

Se entendería que una persona unida de hecho no podría renunciar a gananciales, puesto que tal renuncia no se encuentra prevista en el Art. 229 del Código Civil, por lo que no se equipararía a la relación de matrimonio

3.1.6. Disolución y liquidación de la sociedad conyugal en concordancia con la sociedad patrimonial en la unión de hecho.

El Código Sustantivo Civil, en su artículo 189 establece que la sociedad conyugal se disuelve por las siguientes causas:

- a) Por la terminación del matrimonio;
- b) Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido (aunque en la práctica termina con el decreto provisional, según el Art. 70 del Código Civil, puesto que el juez así lo va a decretar);
- c) Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y,
- d) Por la declaración de nulidad del matrimonio.

En los casos de separación parcial de bienes continuará la sociedad en los bienes no comprendidos en aquella.

Como hemos venido analizando las reglas de la sociedad conyugal se aplican a la unión de hecho, por lo que podemos decir que la sociedad de bienes puede disolverse por:

- a) Por la terminación de la unión de hecho, por cualquiera de las razones previstas en la ley.;
- b) Por sentencia que concede la posesión provisional de los bienes del desaparecido;
- c) Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los convivientes; y,
- d) Por la declaración de nulidad de la unión de hecho.

Aunque la unión de hecho no haya terminado, la sociedad de bienes puede disolverse, i) sea judicialmente a petición de uno de los convivientes ante un Juez de lo Civil cuando no existe acuerdo entre las partes; ii) cuando ambos convivientes lo solicitan de consuno a un Juez de lo Civil; iii) cuando ambos convivientes lo solicitan de consuno a un Notario.

i) En aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil (Art. 813 y ss.) relativas al procedimiento de disolución de las sociedades conyugales y aplicables al régimen de sociedad de bienes en la unión de hecho, cuando uno de los cónyuges (o convivientes) demanda la disolución, se debe correr traslado al otro cónyuge (o conviviente) por el término de 3 días, quien únicamente puede oponer como excepciones: incompetencia del juez; inexistencia de la sociedad conyugal (o de hecho), falta de personería de alguna de las partes. En el caso de que se propongan excepciones se abre un término probatorio por 5 días, luego de los cuales en el término de tres días se dicta sentencia de la cual no cabe recurso alguno.

ii) Por otra parte, cuando los cónyuges o convivientes hayan acudido conjuntamente de consuno ante el Juez de lo Civil a solicitar la disolución, una vez presentada la demanda se fija fecha para la Audiencia en la cual se dicta sentencia.

iii) Así mismo, la Ley Notarial en su artículo 18 numeral 13 ha reconocido como una de las atribuciones del Notario el disolver la sociedad conyugal o de bienes, en este caso, cuando es solicitada de consuno por los cónyuges o convivientes. En concordancia con la norma citada, el artículo 816 del Código de Procedimiento Civil, dispone que en el caso de solicitarse la disolución ante notario éste levantará un acta en la que le declarará disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes, según el caso, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes, ante el mismo notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el notario convocará a audiencia de conciliación en la cual, personalmente o por medio de apoderados, ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales o sociedad de bienes formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la notaría y su copia se inscribirá en el registro civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada.

En cuanto a la liquidación de la sociedad patrimonial, en la unión de hecho, en relación con la liquidación de la sociedad conyugal, trataremos más adelante.

3.1.7. El haber de la sociedad conyugal y sus cargas.

Existen tres tipos de haberes: El haber absoluto, el relativo, y el propio de cada cónyuge.

Haber absoluto: Este se encuentra constituido por los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, sin cargo de restitución. Ingresan a la sociedad de manera definitiva. Es decir la sociedad conyugal es la propietaria de estos bienes.

El Art. 157 establece que el haber de la sociedad conyugal se compone:

- De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;

- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio;

- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.

Cuando de la lectura de este artículo se desprenda la frase “durante el matrimonio”, esta se deberá entender en el sentido de que los bienes que ingresan a la sociedad conyugal pertenecen a ella, mientras esta no haya sido disuelta. Ya que puede darse el caso en el que se disuelva la sociedad conyugal, subsistiendo el matrimonio. En este último caso, aun cuando exista el matrimonio, los bienes que se adquieran ya no formarán parte de la sociedad conyugal, en virtud que ya fue disuelta.

Algunas especies adquiridas a título oneroso durante la sociedad conyugal, no entran a formar parte de ella. El Código Civil plantea estas excepciones en su artículo 167 que reza:

Art. 167.- “La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ésta, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a la sociedad.

Por consiguiente, no pertenecerán a la sociedad:

-Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante la sociedad;

-Los bienes que se poseían antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro medio legal;

-Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges, por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;

- Los bienes litigiosos, de los que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica; y,

-El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad.

Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor; lo mismo que los intereses devengados antes del matrimonio y pagados después.”

Las normas en análisis se aplican de igual manera a la unión de hecho, en lo que respecta a la sociedad de bienes, dentro del haber absoluto de la misma.

También forman parte del haber de la sociedad conyugal los bienes a los que se refieren los Arts. 160. 161. 162, 163 y 168 del Código Civil, en los términos que consta de tal artículo.

Haber relativo: se entiende por haber relativo aquel que comprende bienes muebles que los cónyuges adquirieron antes del matrimonio a cualquier título o durante la sociedad conyugal a título gratuito y que durante el matrimonio se confunden con los propios de sociedad conyugal. Sin embargo, en caso de liquidarse la sociedad conyugal, éstos deben restituirse al cónyuge que los aportó, al precio que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición o en el caso de dinero, la suma que se hubiere aportado, ante lo cual puede darse una recompensa a favor de dicho cónyuge.

Haber propio: Éste no es social, sino individual de cada cónyuge. Está compuesto por bienes que no conforman la sociedad conyugal, en razón de que la ley no los ha incluido como parte de ella, esto es, de **bienes inmuebles adquiridos antes del matrimonio, o durante el matrimonio a título gratuito, los bienes excluidos** en capitulaciones matrimoniales, los aumentos que experimenten los bienes propios, los bienes subrogados a los bienes propios (Inmueble por un inmueble o inmueble por un valor propio)

La sociedad conyugal comprende no sólo activos, sino también pasivos deudas en las que ha incurrido la sociedad conyugal, por lo que se deben distinguir entre dos clases de pasivos. El primero referente a las deudas que no dan derecho a compensación alguna en contra de los cónyuges (pasivo absoluto), respecto del pasivo absoluto.⁴³ El riesgo se encuentra en el hecho de

⁴³ Código Civil.- Art. 171.- La sociedad está obligada al pago:

1. De las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad;
2. De las deudas y obligaciones que correspondan de conformidad con el Art. 147, y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que se contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos;
4. De las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge; y,

que si la sociedad conyugal no cubre la totalidad de la deuda, esta puede imputársele al patrimonio de uno de los cónyuges.

Por otro lado existe el pasivo relativo⁴⁴, en el que al momento de liquidarse, los cónyuges deben responder ante la sociedad conyugal por las obligaciones contraídas por ésta, sin que le correspondiera, por tratarse de obligaciones que no eran sociales, sino individuales de uno u otro.

3.1.8. Enfoque doctrinario de la sociedad de bienes.

Manrique Ramírez Gilberto considera a la sociedad de bienes o patrimonial como “Una comunidad patrimonial especial de ganancias, amparada por la ley para los compañeros permanentes. Como tal, tiene una duración efímera, con un poco de mayor inestabilidad que la sociedad conyugal, que se entiende especial desde su nacimiento hasta su disolución, a la cual generalmente se sigue en estado de indivisión diferente”⁴⁵.

5. Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia.

Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges. Pero podrá el juez moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge.

⁴⁴ Código Civil.- Art. 171 numeral 3.- Obligaciones contraídas por cónyuges antes del matrimonio. Art. 179.- Obligaciones o indemnizaciones que provengan de un delito o cuasidelito cometido por uno de los cónyuges durante el matrimonio. Art. 177.- Gastos efectuados en los bienes de uno de los cónyuges.

⁴⁵ MANRIQUE RAMIREZ, Gilberto. La Unión marital de Hecho. Monografía. Bogotá. Facultad de derecho. 1995. Pag.132-139.

La Jurisprudencia Francesa ha aplicado “La teoría de la sociedad creada de hecho a las relaciones entre concubinos para regular algunas situaciones patrimoniales concretas que (...) cuando un hombre y una mujer, llevados por el amor o por las circunstancias, llegan a unir sus vidas con el vínculo natural y estable de un concubinato more uxorio, puede surgir entre ellos y en determinados casos una sociedad de hecho que no es posible desconocer en sus efectos jurídicos”⁴⁶.

El simple hecho, la decisión de consuno y la acción de formar un hogar común, da lugar a la institucionalización de esta figura jurídica similar al matrimonio y que se ha denominado en nuestra legislación como “unión de hecho”; de ella, se derivan todos los derechos inherentes a la sociedad de bienes similar a la sociedad conyugal. El único requisito que formula la Ley es que la pareja haya vivido en comunidad por lo menos dos años⁴⁷.

Tal sociedad no debe considerarse como una consecuencia jurídica directa del concubinato sino como un fenómeno social natural, como el resultado inexorable de la vida en común, cuyos efectos no pueden ignorarse. Desde luego que tal sociedad de hecho no podría surgir jamás en los casos de concubinato temporal o pasajero, sin apariencia de realidad social estable⁴⁸.

Pedro Lafont Pianetta, en su libro Derecho de Familia, establece claramente los efectos de orden económico que se producen como consecuencia de la unión de hecho.

⁴⁶ <http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-10.pdf>. Consulta realizada el día 31 de Mayo del 2012.

⁴⁷ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2502:uniaoacuten-de-hecho-y-sociedad-de-bienes&catid=28:derecho-civil&Itemid=420. Consulta realizada el día 30 de Mayo del 2012.

⁴⁸ <http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-10.pdf>. Consulta realizada el día 31 de Mayo del 2012.

Este autor establece dos clases de regímenes económicos de hecho: los regímenes ordinarios y los regímenes especiales familiares. En cuanto a los primeros, manifiesta que son aquellos aplicables a los compañeros permanentes, en su calidad de personas naturales. Mientras que los regímenes especiales familiares son de origen convencional o legal que se fundan y presuponen la unión de hecho.⁴⁹

Hernando Devis Echandia⁵⁰, manifiesta que solo las uniones que cumplan con los requisitos exigidos por la ley, producirán los efectos jurídicos de una sociedad de bienes, y las que no cumplan continúan siendo concubinatos y concubinos las personas que la forman, por tanto sujetas al régimen de las sociedad de hecho.

Esto es lógico, ya que la ley ha establecido requisitos para la constitución de estas uniones, y solamente ahí se podrá hablar de sociedad de bienes.

3.1.9. Naturaleza o fundamento de la sociedad de bienes.

La sociedad de bienes deviene del producto de la unión de hecho, es decir que una vez que ésta se configura legalmente, automáticamente se configura la sociedad de bienes. No podríamos decir que antes de la existencia de tal unión concurra una sociedad de bienes entre los convivientes pues el legislador ha previsto justamente un tiempo para que se la configure así como sus efectos jurídicos. Éste este requisito es dos años de convivencia. Sin embargo, se

⁴⁹ LAFONT PIANETTA, Pedro. “Derecho de Familia. Unión Marital de Hecho”. Colombia. Primera Edición 1992. Pág. 187

⁵⁰ DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Conferencia-Seminario de actualización en derecho de familia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Octubre 28 a noviembre 3 de 1991.

podría hablar de una sociedad de hecho formada por los concubinos, como aquel tipo de sociedad que los compañeros forman de hecho.

“En el caso de estas sociedades de hecho, su reconocimiento no es fácil, por la incertidumbre jurídica que tiene toda actividad formada por los hechos, con las obvias dificultades, unas de orden legal, como la necesidad de su declaración voluntaria o judicial, con la posibilidad de ser positiva o negativa en su resultado; lo difícil de su prueba y la inseguridad presente o futura que orienta permanentemente a cada uno de los compañeros”⁵¹.

Son estas dificultades, las que se pretenden superar con la sociedad de bienes o sociedad patrimonial.

Las dificultades de esta sociedad de hecho o de un cuasicontrato de comunidad, derivan de muchos factores; como por ejemplo de la unión de hecho originada paralelamente al matrimonio.

En este caso, en mi opinión, se dificultaría mucho reconocer los bienes adquiridos durante esa unión o cuasicontrato de comunidad, pues son fruto de una relación extramatrimonial. La ley claramente establece el requisito de estar libre de vínculo matrimonial para constituirse en unión de hecho. En otras palabras, esa relación paralela al matrimonio no sería más que una unión pasajera.

Pongamos a manera de ejemplo: una persona casada adquiere un inmueble con dinero de la sociedad conyugal y también con dinero de su compañera extramatrimonial. Este bien, por lógica jurídica y en virtud de las normas que regulan al matrimonio, se entiende incorporado a la sociedad conyugal; por lo tanto nada podría reclamar la compañera o compañero extramatrimonial sobre su aporte económico para la compra de ese bien. A menos, que en el

⁵¹ VALLEJO, Juan Álvaro. “La unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre compañeros permanentes”. Editorial Dike. 2001. Pag.93

mejor de los casos, la perjudicada o perjudicado reclame judicialmente el monto de su aportación en determinada compra, pero conforme a las reglas pertinentes de las sociedades de hecho.

Ahora bien, si decimos que no es coherente que exista sociedad de hecho y sociedad conyugal sin haber disuelto previamente el vínculo matrimonial, tampoco es coherente que paralelamente exista una sociedad conyugal y una sociedad de bienes. Lo lógico sería que la primera se transforme en la segunda. Esto está muy claro en el Código Civil ecuatoriano cuando se dice que por el hecho de contraer matrimonio los convivientes, la sociedad de bienes pasa a ser sociedad conyugal; Sí se permitiere su coexistencia, acarrearía muchos conflictos patrimoniales.

El problema que se busca evitar es justamente porque puede suceder que una persona tenga varias relaciones paralelas a su matrimonio, y generalmente las parejas afectadas son las que buscan que se regularice la unión de hecho. En este caso no se la podría legalizar en vista de que no se cumple el requisito fundamental que es estar “libre de vínculo matrimonial”.

La naturaleza misma de la sociedad de bienes contiene una presunción de hecho, que acepta prueba en contrario, opuesta a la sociedad conyugal que se configura por el matrimonio, de manera inmediata.

3.1.10. Características de la sociedad de bienes o sociedad patrimonial.

Son dos los elementos que caracterizan a la sociedad patrimonial. El primero, la formalidad patrimonial, y el segundo el plazo bienal legalmente configurado en la norma⁵².

En cuanto al primero, es de carácter objetivo, aparece la sociedad patrimonial como consecuencia inmediata de la convivencia, ésta convivencia instituye la vinculación patrimonial eficiente.

En cuanto al plazo bienal, este elemento admite prueba en contrario. El plazo establecido en la ley es de dos años para que exista unión de hecho, no obstante, esta podría también ser legalmente reconocida ante juez o notario.

El plazo bienal protege a las uniones de hecho legalmente constituidas, evitando que las uniones inferiores a dos años, sean idóneas para generar sociedad patrimonial. Con esto se imposibilita que coexistan varias uniones de hecho, en virtud del principio de presunción de que goza esta institución, en cuanto a que debe ser además, estable, monogámica y sin vínculo matrimonial. El solo hecho de que exista una unión legalmente reconocida, que ha cumplido el plazo bienal, elimina la posibilidad de presunción de otra unión de hecho.

La sociedad de bienes también goza de principios que la caracterizan, esto claramente lo establece en autor Juan Álvaro Vallejo, al decir que la sociedad patrimonial se basa en tres principios:

- a. Una comunidad de esfuerzos y beneficios sobre una masa en común
- b. Protección jurídica para los derechos y la sociedad constituida por los convivientes en la unión de hecho.
- c. Reglamentación legal creada en pro de la unión de hecho y sociedad patrimonial para proteger los efectos jurídicos, en razón del beneficio económico familiar.

⁵² VALLEJO, Juan Álvaro. “La unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre Compañeros Permanentes”. Editorial Dike. 2001. Pag.105-107

3.2. Qué pasa con los bienes adquiridos durante la sociedad de hecho y antes de formalizada la unión de hecho.

Devis Echandia aclara este tema, y al respecto manifiesta que solo la sociedad de bienes que cumpla con los requisitos exigidos por la ley, será sociedad de bienes; y las sociedades que no cumplan con los requisitos legales, continuaran siendo sociedades de hecho, por tanto sujetas al régimen de las sociedades de hecho⁵³.

Juan Álvaro Vallejo y Julio Cesar Echeverry⁵⁴ manifiestan que estas sociedades tienen dos particularidades:

a) Una relación preexistente.

b) Una manifestación.

Estos autores relatan que estas sociedades de hecho se caracterizan por la coexistencia de una relación de hecho, en la que los concubinos son a la vez socios y compañeros permanentes. Añaden diciendo que el contrato de sociedad suele ser expreso o tácito, a través de los hechos, cuyo fin es para el beneficio colectivo de la sociedad.

Al hablar de sociedad de hecho, nos referimos a una sociedad de facto que requiere ser probada, con el fin de que se reconozcan los derechos sobre dicha sociedad. La persona que ha estado en relación de concubinato no deberá probar su relación o el concubinato per se, sino más bien la

⁵³ VALLEJO, Juan Álvaro. “La unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre compañeros permanentes”. Editorial Dike. 2001. Pag.93

⁵⁴ Óp. cit. Pag.94

existencia de la sociedad de hecho y los aportes que sobre ella haya invertido. Así mismo procederá en caso de que se desee liquidar la sociedad de hecho, para lo cual se aplicaran las reglas del régimen de sociedades.

De acuerdo con el Art. 2204 y siguientes del Código Civil, en este evento estaríamos frente a un cuasicontrato de comunidad, por lo que todos los bienes que haya adquirido la pareja se deberán el uno al otro en virtud del aporte que cada uno haya realizado para la compra de esos bienes; en caso de que el bien haya sido adquirido con dinero solo de uno de ellos, este pertenecerá solo a quien que compro el bien.

Ahora bien, puede resultar que los compañeros unidos en sociedad de hecho deseen formalizar su unión, pueden hacerlo voluntariamente, ante un notario, o demandar ante un juez, unilateralmente, la declaración judicial de existencia de unión de hecho.

3.3. El proceso de terminación de la unión de hecho.

3.3.1. Formas de terminación de la unión de hecho, su disolución y sus efectos.

Existen varias formas por las que la unión de hecho llega a su fin. El Código Civil dispone en su Art. 226 de manera taxativa y enumerativa:

Esta unión termina:

- a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un Juez de lo Civil.
- b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el Juez de lo Civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio.
- c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y,

d) Por muerte de uno de los convivientes.

Respecto del literal “a”, cuando la terminación es ante un Notario, el consentimiento debe ser ante el mismo y de mutuo acuerdo, a través de instrumento público debidamente protocolizado, solo ahí surtirán los efectos de la terminación. Sin embargo la Ley contempla una vía unilateral de terminación de la unión que se la hace ante el Juez de lo Civil, pudiendo cualquiera de los convivientes dar por terminada la unión de hecho, tan solo con la notificación que se le haga al otro. Esta notificación puede ser de manera personal o a través de tres boletas dejadas en el domicilio del conviviente, esto lo contempla el artículo 226 literal “b” del código sustantivo civil.

Es importante notar que no media proceso alguno, ya que el mismo artículo dice “por voluntad de cualquiera de los convivientes **expresado por escrito....**”, **lo que significa que basta un escrito y su notificación a la parte contraria para que genere efectos inmediatos.**

Al respecto considero que debería existir un procedimiento, al igual que sucede para la terminación de la sociedad conyugal, a fin de que se precautele el principio de contradicción.

Esta puntualización radica en el hecho de que las reglas del matrimonio operan para la unión de hecho, entonces cabría decir que debe imperar un proceso para terminar con la unión, precautelando los intereses del conviviente que no desea dar por terminada la unión.

Entendiendo el espíritu de la norma, cuando dice que una de las formas de dar por terminada la unión de hecho es por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona, sería lógico pensar que uno de estos pueda notificarlo al otro con la terminación, pero entonces quedaría desamparado el conviviente que no quería aquello. Sería conveniente que esta desigualdad legal, producto de una equiparación inoficiosa entre la unión de hecho y el matrimonio, se vea salvada a través de un régimen especial. Así lo dice Juan Larrea Holguín:

“Habría sido adecuada una legislación que no deje en el desamparo económico ni al conviviente ni a los hijos”.

“Más adecuado habría sido un régimen especial que no hubiere pretendido esta igualación casi total al matrimonio, que por otra parte, va a originar graves dificultades de aplicación de la ley, porque las dos instituciones son evidentemente muy diversas”⁵⁵.

Inclusive cabe la posibilidad de dar por terminada la unión de hecho por el solo acto de que uno de los convivientes contraiga nupcias, en razón de lo cual ni siquiera sería necesaria la notificación al otro. Lo dicho está claramente establecido en el literal c) del artículo 226 del Código Civil. En este caso, si existieren bienes entre los convivientes, el perjudicado deberá acudir ante un juez de lo Civil para probar la existencia de la unión de hecho y la disolución de la misma, a fin de que en la liquidación se precautelen los derechos del perjudicado sobre esos bienes que formaron parte de la unión de hecho.

Esta norma, a mi modo de ver, tiene tres connotaciones prácticas: la primera es que por buena fe, ambos decidan terminar con la unión; la segunda es que impere la desigualdad y que solo se le notifique al conviviente con las boletas, como si fuera una mero “hasta luego”; y la tercera en la que impera el cinismo y es que sin notificación ni de mutuo acuerdo uno de los convivientes simplemente contraiga matrimonio con otra persona.

En mi opinión, la unión de hecho, como una forma de familia, aún adolece de normativa concordante con las garantías constitucionales de estabilidad familiar e igualdad, puesto que dicha unión no es solo una unión libre y pasajera; la misma definición dice “con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Si bien es una forma de vida distinta al matrimonio, esta unión no debe carecer de fundamento normativo garantista, al igual que el matrimonio.

Definitivamente no se le está dando la importancia que merece esta institución.

Finalmente, por la muerte de uno de los convivientes resulta natural suponer la terminación de la unión de hecho, como de la sociedad de bienes, de la misma forma en que opera la terminación del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal.

⁵⁵ LARREA HOLGUIN, Juan. Óp. cit. Pag.329.

Respecto a la disolución de la sociedad de bienes, podemos decir que es la condición y destino del patrimonio formado lo que interesa; los bienes adquiridos por esfuerzo de ambos son los que se encuentran en juego. Una vez que se ha disuelto la unión de hecho o terminado la misma se debe proceder con la liquidación y división de los bienes muebles e inmuebles comunes, que se tramitara conforme a las reglas de la disolución de la sociedad conyugal.

En cuanto a la disolución de esta unión de hecho y de su sociedad de bienes, es indispensable que la unión haya sido justamente legal y que haya reunido todos los requisitos necesarios para su conformación; caso contrario ¿de qué unión estaríamos hablando?. Es decir, la unión debe ser estable y monogámica; haber transcurrido más de dos años; ambos convivientes deben estar libres de vínculo matrimonial; deben vivir juntos y dar publicidad a la unión. Así mismo, conforme al artículo 2 de la ley 115:

“Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos”.

Y finalmente, la vocación de legitimidad, en otras palabras, tratarse como marido y mujer, según varios tratadistas esta aptitud es conocida como “aptitud nupcial”⁵⁶.

García Falconí establece ciertas consideraciones que hasta la fecha el legislador no ha introducido dentro del ordenamiento jurídico, así de manera enumerativa las citare:

1. Previamente a la solicitud de terminación de unión de hecho, debe reconocerse su existencia sin lo cual no cabría la posibilidad de terminarla. Con esto se busca precautelar los derechos del conviviente afectado.

⁵⁶ García Falconi, José. “Los juicios de disolución de la Sociedad Conyugal y terminación de la unión de hecho”. Segunda edición. Quito 1992. Pág. 59.

2. Respecto a la terminación de la unión de hecho debe existir un proceso que precautele el principio de contradicción.

3. La sentencia dictada en la terminación de la unión de hecho debe ser inscrita en el registro Civil, y de la Propiedad, para que produzca efectos contra terceros. La ley notarial en su última reforma ya establece que los bienes inmuebles se inscriban en el Registro de la Propiedad y los bienes muebles en el Registro mercantil⁵⁷.

4. Deberían caber medidas preventivas como en el caso del divorcio y disolución de la sociedad conyugal.

5. La liquidación de los bienes debe darse a través del mismo juez competente para dar por terminada la unión de hecho.

3.3.2. Disolución y Liquidación de la sociedad de bienes en la unión de hecho.

El artículo 18, numeral 13 de la ley notarial establece como atribución de los notarios tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho.

Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, (**convivientes**) personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho.

⁵⁷ Ley Notarial. 2006-62. Registro Oficial No. 406 / 28 de noviembre de 2006.

El acta respectiva se protocolizará en la notaría y su copia se sub inscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;

Por lo dicho, al igual que la sociedad conyugal, la sociedad de bienes, puede disolverse sin que medie divorcio o terminación de unión de hecho, respectivamente. Consecuentemente, se puede disolver y obviamente también liquidar la sociedad, sin dar por terminada la unión de hecho. Hay que considerar que esta posibilidad solo proviene cuando es por mutuo acuerdo de las partes.

El artículo 18 de la ley notarial; establece que solamente se necesita de dos requisitos para disolver la sociedad de bienes: el primero es que sea de consuno entre los convivientes y el segundo que exista una sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Lo que quiere decir, en concordancia con el artículo 5 de la ley 115, que se puede disolver la sociedad de bienes sin que termine la unión de hecho, pues en las causas de terminación no se contempla, tampoco, la de disolución de la sociedad de bienes.

Sin embargo, la disolución de la sociedad de bienes también procede cuando no media voluntad ambos convivientes. Esta disolución deberá solicitársela al juez competente a fin de que sea éste quien declare la existencia de la unión de hecho, como paso previo, para disolver y liquidar la sociedad de bienes. Este procedimiento se da cuando no existe un documento que acredite la unión de hecho, como habilitante para solicitar la disolución de la sociedad de bienes y su liquidación.

En el caso de que la unión de hecho, si ha sido legalmente reconocida, se puede acudir al Juez competente para que de manera unilateral proceda a la disolución de la sociedad de bienes, conforme a las reglas de la sociedad conyugal. La existencia de la unión de hecho será el único habilitante para que el juez de inicio a tal procedimiento de disolución y consecuentemente, su posterior liquidación. En este caso ya no será necesario probar la existencia de la unión de hecho, en vista de que se presupone que ha sido legalmente constituida, a través del instrumento público correspondiente.

En cuanto a la liquidación, el artículo 8 de la ley 115 del 29 de Julio de 1982, prevé que la liquidación de la sociedad de bienes se rige por las reglas de la sociedad conyugal.

La liquidación propiamente dicha comprende el activo social bruto, y el pasivo externo que conlleva las obligaciones a favor de terceros. El activo social bruto está conformado por los bienes sociales, y concomitantemente por el activo social imaginario que incluye, las recompensas a favor de la sociedad y las donaciones de bienes sociales realizadas por cualquiera de los convivientes. Finalmente, en la liquidación tenemos que hablar del activo líquido que es la diferencia entre el activo bruto o imaginario menos el pasivo. Luego de esta deducción se procede a la distribución por partes iguales.

La liquidación de la sociedad de bienes puede darse de mutuo acuerdo o a petición de parte, ya que puede darse el caso en que la unión de hecho no haya sido legalmente reconocida. En tal virtud la o el perjudicado podrá acudir ante un juez para que declare la existencia de la unión, de la sociedad, y consecuentemente solicite la liquidación de la misma.

Así, los convivientes de mutuo acuerdo pueden proceder a la liquidación de sociedad de bienes mediante escritura pública, una vez disuelta la misma. Y también pueden liquidar todo el patrimonio que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho; sin embargo es necesaria la sentencia de reconocimiento de la unión. Este convenio de liquidación se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro.

Para proceder a la cancelación de la sociedad de bienes, se debe tomar en consideración las hijuelas personales que le corresponden a cada uno de los convivientes en la liquidación, donde se cancelan sus derechos de manera líquida, en cuanto a gananciales, recompensas, créditos, y otros. Al mismo tiempo se requiere también de la hijuela de deudas para ser adjudicada a favor de terceros, a fin de que se cancelen estas.

3.3.2.1. Procedimiento para liquidar la sociedad de bienes.

- Inventario.
- Tasar los bienes para determinar su valor.
- Acervo común. Bienes que formaron parte de la sociedad de bienes.
- Restituir los bienes propios de los convivientes; que no forman parte de la sociedad de bienes.
- Repartirse gananciales.
- Dividir pasivos.

En el inventario se debe determinar claramente los bienes que forman parte de la sociedad de bienes. En este inventario no solo deben constar estos bienes sino también los frutos que provienen de bienes propios de cada cónyuge.

En la tasación, lo que se busca es el avalúo de los bienes sociales por medio de expertos peritos.

La formación del aservo común: Para la determinación de este aservo hay que determinar los bienes sociales, los bienes propios y los frutos provenientes de ambas clases de bienes.

El artículo 195 del Código Civil, aplicable a la unión de hecho, dice que:

“Cada cónyuge (*conviviente*) por sí o por sus herederos tiene derecho a sacar de la masa de bienes, las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan y que no forman parte de la sociedad conyugal (*de bienes*)” (*las negrillas me pertenecen*)

Los aumentos que se deben a causas naturales los aprovecha el cónyuge (conviviente) dueño sin adeudar indemnización alguna al otro.⁵⁸

El artículo 196 CC claramente dice que nada se le deberá a la sociedad, llámese esta sociedad de bienes o conyugal.

Obviamente existe una excepción que es en el caso de que el deterioro haya sido por dolo o culpa grave del otro cónyuge.

Igualmente si por mejoras hechas al bien, este ganará valor; el cónyuge propietario de dicho bien deberá a la sociedad el monto de su acrecimiento; pero si este monto sobrepasa el valor de las mejoras solo responderá por el monto invertido.

Si una vez que se ha disuelto la sociedad de bienes, el bien se deprecia, dichas mejoras o expensas no surtirán efectos a favor del conviviente que ha aportado con ellas al bien propio del otro. Dichas mejoras solo son producto de recompensa cuando el aumento del precio del bien subsiste a la fecha de la disolución de la sociedad.

Adicionalmente la sociedad de bienes puede liquidarse ante un notario, de acuerdo con lo establecido en el numeral 23 del Art. 28 de la Ley Notarial.

⁵⁸ Código Civil. Artículo 196.- Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que provengan de dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos.

Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad.

CAPITULO IV

4. ¿Es aplicable la unión de hecho heterosexual a personas del mismo sexo?

Luego de las consideraciones expuestas en capítulos anteriores, considero que la aplicación o no, de la figura de unión de hecho, a las relaciones de hecho configuradas entre personas del mismo género, está más bien enfocado a un principio fundamental, que no solamente es recogido por nuestro ordenamiento jurídico, sino por el mundo entero, este es el principio constitucional de igualdad.

El prenombrado principio reconoce que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. De igual manera nadie puede ser discriminado, mucho menos, por razones de etnia, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, etc.

En lo que se contempla en la doctrina y en jurisprudencia extranjera, la orientación sexual es un tema que se ha superado con éxito, pues claramente es un elemento subjetivo de la pareja.

Años atrás, las opiniones tradicionalistas exigían que para reconocer efectos jurídicos a una unión de hecho era requisito esencial la diferencia de sexo entre los convivientes. En otras palabras la heterosexualidad era un requisito sine quanon, para llevar a cabo una unión de hecho. Al respecto debemos considerar que la doctrina tanto extranjera como ecuatoriana diferencia al matrimonio de la unión de hecho, precisamente porque en la segunda relación no se necesita de

un contrato solemne cuyos requisitos son esenciales para su conformación.⁵⁹ Citando a Susana Espada Mallorquín, respecto a la ausencia de requisitos formales para la constitución de la pareja de hecho, dice: *“la ausencia de requisitos formales es uno de los aspectos diferenciadores entre el matrimonio y las parejas de hecho, pues estas últimas se crean por la mera voluntad de sus miembros sin necesidad de que exista ningún tipo de acto solemne, es decir, rige el principio de libertad de forma. La pareja de hecho en sentido restringido no se constituye mediante un acto, sino que se consolida a través de la cohabitación estable”*

Con esta consideración es ineficaz matizar la norma con el hecho de que es un requisito esencial en las uniones de hecho, la heterosexualidad. La unión de hecho opera en estas relaciones porque así manda la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico y de inmediata aplicación.

Ahora bien, lo interesante está en el hecho de que las normas que regulan las uniones entre personas de distinto sexo (unión libre, unión civil, unión de hecho, concubinato), se apliquen en su totalidad a las uniones entre personas del mismo sexo.

Es necesario hacer un análisis al respecto:

German J. Bidart Campos, desarrolla el tema de la libertad y la igualdad jurídicas, exactamente la libertad como derecho y sus contenidos:

Manifiesta este autor que:

⁵⁹ En España existe un decreto de 28 de Febrero de 1994, a través del cual se crea el primer registro de uniones civiles, reconociendo la posibilidad de que personas tanto heterosexuales y homosexuales puedan inscribirse.

“Toda democracia contiene un espacio suficiente de libertad jurídicamente relevante, en disponibilidad para la persona humana. Por eso se habla de libertad jurídica, o de libertad como derecho de la persona”

Esta libertad consecuentemente conlleva aspectos relevantes como:

“El status personal, que concede a la persona la calidad de persona jurídica con capacidad de derecho; su negación total es la esclavitud como incapacidad total de derecho” El artículo 66 numeral 29 de nuestra actual Constitución del Ecuador reconoce y garantiza a las personas eliminar y sancionar la esclavitud.

“Un poder de disposición” precisamente derivado del derecho de libertad que otorga el uso y goce del derecho, y que a su vez produce efectos jurídicos.

El autor cita un ejemplo.- *“si en uso de mi libertad decido casarme, mi casamiento se compadece con la libertad únicamente cuando el estado me reconoce el estado civil de casado”* Acogiendo la literalidad del ejemplo podemos decir que el ejercicio del derecho de libertad está en el acto que realizo, pero los efectos jurídicos se producen cuando el estado reconoce el ejercicio de mi derecho a través de una norma. Es decir, si tengo el derecho de libertad, bien podría matar, pero mi ejercicio del derecho se ve limitado no a la posibilidad de si puedo o no puedo, sino a una norma prohibitiva que restringe el ejercicio de mi derecho, y que en caso de ejercerlo produciría efectos jurídicos negativos. En este caso mi derecho de libertad está subordinado al bien común y al respeto de un ordenamiento jurídico que precautela ya no solo mi derecho de libertad sino también el derecho del resto de personas.

“Un área de **intimidad o privacidad** que sustrae a toda interferencia arbitraria del estado”

“Un principio a favor de la persona humana, por el que **todo lo que no le está prohibido le está permitido**” Este es un aspecto fundamental por lo que podríamos concluir que si no existe norma alguna que prohíba la unión de hecho entre dos personas se entendería que la voluntad de estas, se materializa en el acto de la convivencia estable que a la final dará un resultado, el

reconocimiento legal de los efectos jurídicos de esta unión. El segundo inciso del artículo 68 de la Constitución del Ecuador, nos demuestra uno de los efectos jurídicos de la unión de hecho entre dos personas, cuando dice; “(...) la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”

Este mismo autor manifiesta que eliminando los obstáculos de tipo social, cultural, político, y económico se evita transgredir la libertad y la igualdad de todos los hombres;

Consecuentemente, la norma suprema prevé eliminar cualquier obstáculo en la unión de hecho entre dos personas.

Si la familia es anterior al Estado, lo es la unión de hecho ya que por la unión es que se llega al matrimonio, sin unión no existe tal acto. La unión de hecho no está limitada a la voluntad del legislador, por eso que se ha legalizado en todo el mundo, ya que impera la autonomía de voluntad; por tanto debe estar protegida. Si la unión es entre dos personas, no podríamos deliberadamente restringir el derecho de estos individuos para que ejerzan su libertad, su pensamiento y su forma de vida. ¿Quiénes somos los hombres para prohibir las consecuencias de una unión y los efectos jurídicos?

En definitiva, si las instituciones jurídicas del matrimonio son constitucionalmente aplicables a la unión de hecho, en general, lo son por tanto aplicables a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo; obviamente con la prohibiciones legales contenidas en el ordenamiento jurídico.

La tendencia moderna ha optado por legalizar las uniones de hecho en virtud de las implicaciones legales que conlleva esta figura, es decir los efectos jurídicos que acarrearán. En el Ecuador se ha equiparado la sociedad de bienes a la sociedad conyugal, en cuanto a sus efectos; así mismo la posibilidad de constituir patrimonio familiar; capitulaciones matrimoniales, derechos sucesorios, en fin.

Las únicas prohibiciones constitucionales son las relativas al matrimonio y la adopción, pues están prohibidas expresamente a rango constitucional. Frente a estos aspectos, existe discrepancia por los grupos de minoría GLBT, que consideran que si la Constitución permite la unión de hecho entre personas del mismo sexo, por ende debería permitírseles.⁶⁰

A mi modo de ver, este es un tema que debe tratarse. La Constitución del Ecuador prohíbe expresamente el matrimonio y la adopción. Sin embargo, no se puede dejar de analizar los efectos negativos que acarrea y los principios universales del derecho aplicables. Solo de este modo podremos hacer un test, para confrontar los efectos positivos y negativos de la norma constitucional, de tal modo que se llegue a una solución definitiva.

En todo caso, en la actualidad ecuatoriana, la unión de hecho entre personas heterosexuales, y sus instituciones jurídicas, si procede para las uniones de hecho del mismo sexo; en tanto en cuanto no se trate de adopción, ni matrimonio.

4.1. ¿Qué sucede con la adopción en las uniones de hecho celebradas por personas del mismo género?

⁶⁰ Al respecto en el Ecuador se ha suscitado un conflicto social en cuanto al caso de “doble maternidad”. El problema radica en que dos lesbianas quieren inscribir a su hija con el apellido de ambas. Amparo Medina, de la Red Vida y Familia, exigió que se cumpla la Constitución, en específico el artículo que prohíbe la adopción a parejas homosexuales. Sin embargo, existió oposición pues según, Efraín Soria, de la Fundación Equidad, no se trata de adopción, sino que Helen y Nicola puedan reconocer a Satya como su hija. Diario El comercio, publicación del 26 de Abril 2012. Pag.12

El artículo 314 del Código Sustantivo Civil precisa a la adopción como una institución por la cual “una persona llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre.....respecto de un menor de edad que se llama adoptado”.

Varias legislaciones han aprobado la adopción para parejas del mismo sexo; por ejemplo:

- (a) Dinamarca
- (b) Bélgica
- (c) Canadá
- (d) Andorra
- (e) Islandia
- (f) Holanda
- (g) Noruega
- (h) Suecia
- (i) España
- (j) Sudáfrica
- (k) Inglaterra
- (l) Estados Unidos y Uruguay.⁶¹ (En Estados Unidos la adopción ha sido reconocida en más de doce estados americanos)⁶²

En cuanto a la adopción, en Latinoamérica, la legislación Brasileira negó la adopción para personas del mismo sexo, basados en una Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia.⁶³

⁶¹ Jennifer Josef, ILGA-ASIA. “A look at Key Gay-marriage laws in America”. ILGA. 2010. Publicado el 04 de Octubre de 2010. <http://ilga.org/ilga/en/article/mDVxaAS18u>

⁶² D Ottosson. “Homofobia de Estado, Informe Internacional Gay and Lesbian Association- ILGA, año 2009, publicado el 15 de Mayo del 2009. <http://www.ilga.org>

⁶³ Fallo del Tribunal Supremo, que considera que es necesaria la figura paterna y materna para que los niños dispongan de un modelo masculino y femenino que logre su completo desarrollo. El fallo fue a nivel federal.

Hay que considerar que la adopción deviene en dos vertientes: la primera en la que ninguno de los convivientes es padre o madre biológica del menor; y la segunda, en la que uno de los convivientes es padre o madre biológica del niño. Por tanto, existe una diferencia también entre la adopción de una persona del mismo sexo donde el niño es hijo biológico de uno de los convivientes y una pareja del mismo sexo donde no hay relación alguna con el niño.⁶⁴

Es por esta razón que muchos expertos en el tema han examinado justamente si existen efectos colaterales en el menor, cuando la relación de convivencia es entre dos personas del mismo sexo.

Estos estudios han concluido que las madres lesbianas “no difieren en capacidad de las heterosexuales, y que los padres homosexuales son similares en capacidad de paternidad que los hombres heterosexuales⁶⁵,”

De hecho, existen niños viviendo en hogares homosexuales, gozando de los derechos que les pertenecen. Viéndolo desde esta perspectiva internacional, la ley no puede negar este derecho a los menores, se les arrebataría el derecho a alimentos y beneficios sociales o sucesorios, en relación al adoptante. Esta restricción genera situaciones injustas, en perjuicio del propio menor.

Frente a esta desigualdad, la ciencia ha avanzado de tal manera que la ley cada día es más obsoleta frente a las opciones que se ofrecen en el medio, para ser padre o madre; la falta de evolución de las leyes, de las legislaciones y ordenamientos jurídicos, y en concreto de la normas que regulan a la familia, son el primer factor que deviene en el proceso social equivocado.

⁶⁴ C.Patterson, Children of lesbian and gay parents, “Current directions on pshycological science (volume 15, issue 5, pp. 241-244) blackwell publishing, New York 1999, citado en la obra de C. Leslie, “los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los estados unidos” pág. 65”

⁶⁵ Corte Suprema de California caso 147999, Marriage Cases Judicial Council Cordination Proceeding. N.4365.http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/amer_psychological_assn/amicus/curiae/brief.pdf.

La ciencia ha creado la solución para los casos de adopción, en donde hombres y mujeres homosexuales tienen la posibilidad de tener un hijo, criarlo y cuidarlo.

En Estados Unidos de Norte América existen miles de personas que han optado por la solución que ejerce la medicina. Una de estas opciones es la extracción de óvulos de una de las convivientes lesbianas, así como también la fecundación in vitro.

La consecuencia lógica de estas formas de fecundación es obvia, ya que la persona, padre o madre, homosexual o lesbiana, tiene el derecho a registrar el hijo como suyo. Por ende, hay que concluir que la prohibición constitucional de la adopción, frente a la realidad y avance social, carece de todo sustento fáctico, consecuentemente estaría atentando al principio de interés superior del menor.

Sin embargo, este tema tendría que analizarse desde el principio de interés superior del menor, Para determinar o no su conveniencia, para luego determinar si se transgreden también otros principios consagrados en la Constitución, como el principio de no discriminación, de igualdad, de libertad, etc.

Millones de huérfanos que se encuentran en casas de hogar, a la espera de una familia, tendrían la posibilidad de obtener mayor bienestar y felicidad⁶⁶

Otro tema interesante es tratar del artículo 314 del Código civil, que establece que ésta cabe únicamente respecto de menores de edad y máximo de personas de 21 años.

Estados Unidos ha establecido la posibilidad de la “adopción adulta” en algunos estados como California, Connecticut, Massachusetts, a través de una ley estatal. En el ámbito federal el tema aún no ha sido discutido, por lo que queda en el arbitrio de cada estado prohibir o permitir

⁶⁶ D falconi Travez. Discriminación en la norma del código de niñez y adolescencia que impide la adopción a parejas GLBTT: un ensayo desde el derecho de niños y adolescentes con perspectiva de género.

este tipo de adopción adulta. Florida, Arkansas, Utah, entre otros no permiten este tipo de adopción.⁶⁷

El tema de la adopción es delicado e importante de tratar, mucho más cuando se pretende adoptar por personas del mismo sexo y en unión de hecho.⁶⁸

Adoptar a un niño, no implica solamente llenar formularios, reunir características determinadas, etc. Adoptar un hijo conlleva derechos y obligaciones, un lazo afectivo que debe perdurar por toda la vida. Desde este punto de vista, la adopción debería estar permitida, pues no es el derecho el que debería impedir el lazo familiar que se quiera construir, más aun cuando hemos visto que la misma ciencia abre nuevas posibilidades.

Como hemos expuesto en el presente análisis, la legislación ecuatoriana no ha superado los convencionalismos de la norma concebida del derecho romano. No se ha desarrollado casuística que analice el tema. Es inconcebible, que en el siglo XXI tengamos problemas para legislar este tipo de temas, como la unión de hecho entre personas del mismo sexo; y lo que es peor, que una norma de derecho civil contenga conceptos y definiciones contrarias a la Constitución. (Unión de hecho/código civil vs unión de hecho/Constitución.)

No podemos concebir normas contradictorias en la Constitución. Debe existir una unidad normativa, y una verdadera jerarquía constitucional, en la que los principios, sean verdadera fuente de derecho y no enunciados simples.

⁶⁷ M. WOLINSKY, “Tolerance and acceptance: Gay rights in Courts on Law and Public”, 19 del. Lawyer 13, 18 (2001).

⁶⁸ En México los homosexuales tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales para casarse y adoptar niños. Uruguay permite a los homosexuales adoptar niños pero no contraer matrimonio. <http://espacionicaragua.blogspot.com/2010/09/matrimonio-gay-y-union-de-hecho-en.html>. Consulta realizada el 31 de Mayo 2012.

Esta jerarquía está contenida en la misma norma constitucional, artículos 425, 426 y 428. La Constitución tiene que ampliar los derechos contenidos en sus normas.

En cuanto a la adopción de un hijo biológico de un conviviente por parte del otro conviviente de las parejas del mismo sexo, los tribunales han negado la custodia debido a la orientación sexual.⁶⁹ Esta negativa se basa justamente en que el menor puede verse afectado por la situación familiar, y consecuentemente sentirse hostigado. Sin embargo, hace poco tiempo en la ciudad de Washington, Estados Unidos, se ha concedido la custodia en razón de que “indiscreciones sexuales del padre deberían ser consideradas solo si se demuestran que afectan efectivamente de manera adversa el bienestar del niño”.

En Ohio, Estados Unidos también los tribunales se han manifestado y al respecto consideran que: la orientación sexual del padre no es razón suficiente para negar los derechos de visitas. Algunos tribunales han concedido el derecho de visitas al padre o madre no biológica cuando la relación con su conviviente ha finalizado. (*Corte Suprema de Justicia de Wisconsin, en la tutela de HSH/K.Sandra Lynne Holtzaman contra Knott Elsbeth*)

En el caso citado, la Corte hace consideraciones al respecto, manifestando que el derecho de visitas siempre procederá en beneficio del menor y en aplicación del interés superior del niño; acota estableciendo determinados requisitos que debe cumplir la el peticionario:

a) demostrar que el peticionario y el niño vivieron juntos en el mismo hogar.

⁶⁹ Corte Suprema de New York, Constans A. Vs Paul C.A., 486 A. 2 de I (Pa.super.cr.1985) citado en la obra de C LESLIE, los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos. Corte suprema de New york. Guillan Vs Guillan 102 A.D. 2 de 963 citado en la obra de C LESLIE, los derechos legales de las parejas del mismo sexo en los Estados Unidos.

b) probar que el peticionario ha estado en el rol de padre o madre por un tiempo determinado y suficiente para haber establecido con el niño un régimen de servidumbre y una relación de dependencia natural hacia los padres.

Existen otros requerimientos que debe probar el peticionario, sin embargo, en definitiva, lo que importa denotar es que la legislación extranjera ya establece normativa permisible respecto a la adopción; incluso casuística que habla de custodia y régimen de visitas.

En el caso citado el peticionario de régimen de visitas era una mujer (Holtzman) que había convivido con otra por más de 10 años (Knott). En dicha relación Knott fue inseminada artificialmente con espermatozoides de un donante; por lo que Knott es madre biológica de la menor. El peticionario solicita régimen de visitas en virtud de ser el “padre”, conforme la relación que mantenían. En dicha relación Holtzman era conocida como “Mi San”, incluso celebraban el día del padre en una fecha especial, en la que Holtzman ejercía su rol.

Ahora bien, en nuestra Constitución está expresamente prohibida la adopción en las uniones de hecho entre dos personas, tal como define la unión de hecho nuestra carta suprema. Empero el Código de la Niñez y Adolescencia no hace distinción alguna sobre quien deba ser el adoptante, y si es prohibida la adopción.

He aquí la razón que sustenta, justamente el porqué de la redacción del artículo constitucional en cuanto a la unión de hecho “**entre dos personas**”. Es obvio, que por un lado se da paso la posibilidad de uniones de hecho homosexuales, pero también por el otro lado se prohíbe enfática y expresamente la adopción para estas personas.

Si sometemos al test de proporcionalidad el artículo 159 numeral 6 del Código de la niñez y adolescencia en concordancia con el artículo 68 de la Carta Suprema, Constitución del Ecuador 2008, que prohíbe justamente la adopción para personas del mismo sexo; podemos colegir que existe una desproporcionalidad entre los adoptantes heterosexuales y los homosexuales.

Ambas son situaciones similares, en cuanto a la intención que tienen de ser padres, consecuentemente el tratamiento debería ser igual en uno y otro caso, aplicando el principio de igualdad. A pesar de esto el trato si es diferenciado, en tanto en cuanto las parejas del mismo sexo no son aptas para ser padres y por ende no existiría idoneidad para adoptar.

Podemos entonces concluir que la diferenciación se basa meramente en prejuicios sociales respecto a las parejas homosexuales. Por consiguiente su finalidad es absurda ya que no permite analizar si se cumplen otros requisitos como la idoneidad en la mayoría de edad o la suficiencia de recursos económicos del adoptante. Sobre la adecuación del medio al fin perseguido, se establece que el fin de precautelar el interés superior del niño es proporcional a la medida. Cabe recalcar la **existencia de los costos negativos de la exclusión**, los cuales son considerables ya **que la norma prohibitiva no considera a los posibles hijos biológicos existentes en parejas del mismo sexo**, y a niños que en el Ecuador no podrían encontrar padres.

Al respecto de lo subrayado, actualmente se discute un caso en el Ecuador, en el que existe una hija biológica dentro de una relación homosexual. Esta noticia ha trascendido a nivel nacional, en virtud de que ambas mujeres quieren registrar a la menor con el apellido de ellas. Estas mujeres se encuentran bajo la figura de unión de hecho, en virtud de la Constitución del Ecuador. La pareja homosexual pretende que sea reconocido el derecho de la menor a tener una identidad, a través de la inscripción en el Registro Civil, con el apellido de sus madres. Esta petición carece de razón de ser, puesto que en nuestra legislación únicamente pueden reconocer hijos los padres biológicos; pero seguramente no se recurrió a la adopción, que es lo que habría cabido porque ésta les está constitucionalmente negada.

En conclusión, existe una confrontación entre el principio de supremacía constitucional y el carácter de ius gentium y erga omnes del principio de no discriminación. Los derechos humanos están siendo transgredidos por normas que, en mi criterio, perjudican el interés superior del niño

Este trato diferenciado, constituye una discriminación en la medida en que obstaculiza y desestimula la posibilidad de ofrecer ese mejor desarrollo del niño y la conformación de la pareja. Por ende, el derecho a la igualdad ⁷⁰sería jurídicamente superior a la prohibición (no adopción) constitucional en un análisis de no discriminación, por lo que el segundo párrafo del artículo 68 sería un ejemplo de discriminación de iure, por lo que deberá ser reformado y encasillado a las nuevas tendencias y doctrinas.

4.2. Análisis del artículo 66 numeral 9 de la Constitución de la Republica del Ecuador, en relación a la reforma constitucional articulo 68, de las uniones de hecho y el artículo 67 del mismo cuerpo legal.

La Constitución de la República del Ecuador establece normativa referente a las uniones de hecho y a las libertades del ser humano para tomar decisiones libres, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual. Desde luego, que esta normativa no puede estar alejada de la interpretación y aplicación de los principios universales del derecho, así como de los tratados internacionales vigentes, pues es claro que todos los derechos se desprenden de los principios y garantías universales contenidos en ellos.

La Constitución, en su parte dogmática, ha consagrado principios de aplicación y principios sustantivos. Siendo los principios de aplicación aquellos de carácter general y que tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Así por ejemplo, el

⁷⁰ El principio de igualdad como base fundamental de los derechos humanos, en aplicación a la situación de las parejas homosexuales en el Ecuador, se ve sustentado a través del derecho de libertad, considerando la orientación sexual como un aspecto trascendental en la personalidad de cada ser humano.

principio de igualdad y no discriminación. Por otro lado, los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos ⁷¹

La aplicación de estos principios, constituye una forma de protección estatal, en tanto en cuanto es el deber más alto del Estado, según el artículo 16 de la Constitución del Ecuador. Los derechos deben ser aplicados sin discriminación, garantizando su goce a todos los individuos; siempre que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos.

La constitución del 2008 acoge todos los principios universales, consagrados en los tratados internacionales, como principios fundamentales que deben ser aplicados irrestrictamente, incluso jerárquicamente a la Constitución, siempre que sea para la protección de los seres humanos y en garantía de los mismos.

Es así que los artículos 66 numeral 9, 67, y 68, respectivamente, contemplan el principio de libertad, de igualdad, de no discriminación. Estos artículos rezan lo siguiente:

Artículo 66.- “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. (LIBERTAD)

Artículo 67.- “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. (Las familias) Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. (Las negrillas y el subrayado me pertenecen.) (IGUALDAD)

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

⁷¹ AVILA SANTAMARIA. Ramiro. “Constitución del 2008 en el contexto andino”.Pag.42

Este artículo se encuentra en concordancia con el artículo 17 de la Declaración de los Derechos Humanos.

Artículo 68.- “(i)La unión estable y monogámica (ii) entre dos personas (iii) libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, (iv) por el lapso (dos años) y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. (NO DISCRIMINACION)

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

De la simple lectura del texto normativo constitucional colegimos que los artículos mencionados contienen ciertos derechos y principios; como el principio de igualdad, de libertad, y el de no discriminación. Que a su vez, se caracterizan por ser garantistas de derechos, en consonancia con la búsqueda de la paz social y el bienestar colectivo. Es decir, siempre garantizará los derechos del uno en razón de los derechos del otro y viceversa, en sintonía con el bien común.

Esta protección normativa recíproca, es justamente para conservar el equilibrio social, y el bienestar de cada persona frente a las arbitrariedades que produzca el medio en el que el ser humano se desenvuelve.

Todo este desarrollo constitucional, desde luego, obedece a principios rectores que son fuente de derecho y son de aplicación universal, como ya lo dijimos anteriormente.

La declaración Universal de los Derechos humanos desarrolla el significado y el alcance de cada uno de estos principios contenidos en la Constitución de la República del Ecuador. Así, el artículo 7 define el principio de igualdad como el instrumento que garantiza a todos los seres humanos igualdad ante la ley, sin distinción alguna. De igual manera el artículo 2 de la Declaración manifiesta:

Artículo 2.-“1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2 Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

La Declaración Universal de los derechos humanos, sin duda también contempla normativa respecto al principio de no discriminación, así el artículo 16 de su texto reza:

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Este artículo obviamente debe ser aplicado en concordancia con el artículo 29 de la misma Declaración.

Artículo 29.- “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

Considero al respecto, que es importante analizar esta norma en vista de que la nueva Constitución Ecuatoriana justamente fue creada a través de un proceso democrático, en el que la

sociedad de común acuerdo aceptó acatar el nuevo texto normativo constitucional y por tanto sus modificaciones. En tal razón, no podemos desconocer que la unión de hecho entre dos personas existe y ha sido aceptada por una sociedad democrática. El artículo 29 de la Declaración de los Derechos Humanos claramente manifiesta que toda persona en el ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades, estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás.

La Constitución del Ecuador, ampliamente reconoce la unión de hecho entre dos personas, es decir no existe ninguna limitación que pretenda asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás. La única limitación que establece la Constitución es respecto a la adopción entre personas del mismo sexo.

En definitiva, si aplicamos correctamente la Constitución respecto a los derechos y principios contenidos en ella, a la luz de la Declaración de los Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales, jamás podríamos desconocer la posibilidad de que dos personas puedan formar una familia.

El artículo 66 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, contempla el derecho de libertad, de igualdad, como también el de no discriminación, al garantizar y reconocer a las personas, sin discriminación de sexo el derecho a tomar decisiones libres, voluntarias, y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, sin limitar el derecho a decidir sobre su sexualidad. En estas palabras, entendemos que todo individuo, es libre para adecuar sus decisiones en base a su voluntad, pudiendo elegir libremente lo que más le convenga.

El artículo 66 numeral 9 tampoco es discriminatorio ya que no hace exclusiones, ni restricciones, como por ejemplo en cuanto a identidad de género, ni tampoco contempla privilegios que conlleve en detrimento de los derechos humanos. Por el contrario este artículo es admisible, razonable y proporcionalmente objetivo, y por ende aplicable.

Hay que tomar en cuenta que hablar de distinción, no necesariamente nos conduce a un trato discriminatorio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado la distinción entre términos para diferenciar el trato igual, desigual y discriminatorio.⁷²

La Constitución del 2008, constituye como titulares de derechos a todos los sujetos, expresando que todos y cada uno de los derechos contemplados tienen dimensiones individuales y colectivas. Por tanto, el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 9, bien podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niegue el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual. De igual manera, podría ser considerado un derecho colectivo, en virtud de lo cual se podría demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad para hacer respetar este derecho.

Lo expuesto, no solo procede para el artículo 66, sino también para los artículos 68 y 67 de la Constitución del Ecuador. De tal manera que cualquier persona o grupo (GLBT), pueda exigir el cumplimiento constitucional de sus derechos, cuando hayan sido violados.

El artículo 67 de la Constitución del Ecuador (i) reconoce la familia en sus diversos tipos. (ii) Manifiesta que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Adicionalmente, (iii) establece que las familias se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Al desglosar este artículo y hacer introspección del mismo podemos determinar, que al igual que el artículo 66, este consagra también los principios de igualdad, de libertad y de no discriminación.

⁷² C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No 18. Párrafo. 84.

Cuando el artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos, implícitamente reconoce un principio fundamental del derecho, como la igualdad, ya que equipara tanto a la familia constituida por medio del matrimonio, como a la familia formada por la unión de hecho. Hay que tomar en cuenta que la misma Constitución, en su artículo 67, claramente dice que las familias se constituirán por vínculos jurídicos (matrimonio) o de hecho (unión de hecho). Sea cual fuere la forma de constitución de la familia, no obsta para que se proteja a la misma por igual, otorgándosele los mismos derechos y oportunidades.

Ahora bien, si tomamos del artículo 67 lo referente a la forma en que se constituirán las familias, sea por vínculos jurídicos o de hecho, determinamos el objeto mismo del artículo 68 de la Constitución de la República del Ecuador, que es justamente regular a la familia constituida de hecho.

Es obvio que la Constitución del Ecuador, introduzca una definición para las familias constituidas de hecho, al igual que lo hizo para las familias constituidas por un vínculo jurídico, es decir a través del matrimonio; La Constitución no podría ser discriminatoria al respecto, es por esta razón que el artículo 68 define a la unión de hecho como “(i)La unión estable y monogámica (ii) entre dos personas (iii) libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, (iv) por el lapso (dos años) y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley (..)

El mismo artículo constitucional claramente y de manera expresa respalda el principio de igualdad y trato no discriminatorio al establecer que las familias de hecho tendrán los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Otro ejemplo de trato normativo no discriminatorio, es en cuanto a la posibilidad que establece el mismo artículo 68, para que “dos personas” puedan constituirse como una familia de hecho. Al hablar de dos personas, en concordancia con el artículo 67 y 66, entendemos que en primera instancia la misma Constitución, no hace distinción en cuanto a género. Por ende, bien se podría entender que la unión de hecho procede entre dos mujeres o dos hombres; más aun cuando del artículo 66 numeral 9 se desprende el derecho y garantía constitucional para que las

“**personas**” tomen sus decisiones de manera libre, voluntaria y responsable sobre su sexualidad, su vida y su orientación sexual. Como vemos el artículo 66 prevé la decisión para que una persona puede elegir libremente su forma de vida y como desea llevarla.

Basta con concatenar estos artículos, para concluir que:

1. La familia es reconocida en sus diversos tipos, por ende no hay distinción entre familia constituida por matrimonio o por unión de hecho
2. Cada individuo tiene libertad para escoger su sexualidad, su vida y su orientación sexual. Por ende no se puede restringir su derecho.
3. Si el artículo 68 de la Constitución, no hace distinción, entre que personas pueden contraer una unión de hecho, mucho menos una ley inferior.
4. La familia puede constituirse de hecho, por dos personas, y a través de la unión de hecho, figura legal constitucionalmente reconocida.
5. Constitucionalmente dos hombres o dos mujeres, en virtud de los artículos 66 numeral 9, 67, 68, expresamente pueden constituirse en unión de hecho, protegiéndoseles los mismos derechos que a las familias constituidas por matrimonio.

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La Corte Nacional de Justicia, en el Juicio No. 072-2012 SDP (Recurso de Hecho), emite su fallo determinando con exactitud los elementos que configuran la unión de hecho. Así manifiesta: “a) la unión estable y monogámica, b) que esta unión sea entre hombre y mujer; c) que tenga una duración de más de dos años, d) que tanto el hombre como la mujer sean libres de vínculo matrimonial, e) que esta unión tenga como finalidad vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, f) que exista publicidad de la unión, es decir, que el trato como marido mujer sea público y notorio, y, g) que exista vocación de legalidad, esto es, igual capacidad legal para contraer matrimonio, es decir, que no existan impedimentos dirimentes o impedientes, **ya que por analogía y disposición legal se asimila a la unión de hecho, al mismo régimen que para el matrimonio.**” (*Las negrillas y subrayado me pertenecen*)⁷³

Destacando lo subrayado en esta jurisprudencia, luego del análisis de los artículos 66 numeral 9, 67 y 68 de la Constitución del Ecuador, y de las instituciones jurídicas del matrimonio, recurriendo a lo dispuesto en el Código Civil, nos conduce a la aplicabilidad de las instituciones jurídicas del matrimonio a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

En primer término, hemos concluido que la unión de hecho “es la unión duradera y estable **de dos personas**, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”. Consecuentemente, el efecto más próximo es que se constituyen vínculos jurídicos, obligaciones recíprocas entre compañeros permanentes, régimen de bienes de la sociedad patrimonial, y un estado jurídico de convivientes.

⁷³ Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVII. No. 1. Pág. 95

La legislación ecuatoriana ha establecido requisitos legales claros para que la unión de hecho prospere y genere efectos jurídicos; así por ejemplo, ha determinado un plazo bienal indispensable para su constitución. El cumplimiento de estos requisitos legales es esencial.

Meza Barros, claramente sostiene que los efectos jurídicos de esta unión se producirían solamente cuando reúna todos los caracteres, que lo constituyen en matrimonio aparente.

En tal razón, concluimos que los efectos jurídicos de la unión de hecho se generan como consecuencia de su reconocimiento legal, siempre y cuando se hayan cumplido previamente con todos los requisitos establecidos en la ley para su constitución. De otro modo no podríamos hablar de unión hecho, sino más bien de otro modo de convivencia al margen de la ley.

Es importante cavilar que la voluntad de los convivientes en conformar una unión de hecho de conformidad con la normativa, se traduce en la naturaleza misma de esta unión. En tanto en cuanto, la naturaleza de la unión de hecho no deviene de un contrato solemne, como en el caso del matrimonio, sino más bien de la libre voluntad de los convivientes.

Además, la ley establece diferentes requisitos para su conformación. Estos requisitos demandan que la unión sea entre dos personas, estables y monogámicas, que hayan cumplido un plazo determinado y que estén libres de vínculo matrimonial.

El legislador, ha previsto esta figura en el ordenamiento jurídico, para precautelar las obligaciones y derechos de las parejas no casadas.

Ahora bien, la intención del legislador ha ido más allá, al garantizar no solo estas obligaciones y derechos de las parejas no casadas, sino también cautelar y aplicar principios universales reconocidos en la Constitución para proteger el derecho de las parejas no casadas GLBTT. Es por esta razón que la Constitución actual del Ecuador ya prevé el reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo.

Los principios de igualdad, de libertad, de no discriminación, sin duda forman parte de este reconocimiento, por la importancia que tienen frente a la protección de los grupos GLBTT.

Debemos enfatizar, que el legislador, aún tiene un ardua labor en matizar los derechos consagrados constitucionalmente respecto a estas minorías, con relación a las normas de menor jerarquía; ya que aún no está claro el panorama procedimental ni sustantivo..

Es necesario que el Ecuador se adapte la realidad social y consecuentemente su normativa, que sin menospreciar, está siendo ineficaz para tutelar los derechos.

Por ejemplo, la legislación comparada, ya ha avanzado con mayor premura, estableciendo normativa mucho más clara y amplia respecto a las uniones de hecho entre convivientes del mismo sexo.

Así, se han establecido leyes que protegen este tipo de relaciones, normativa que garantiza su libre desarrollo, y se han proclamado derechos no discriminatorios.

Un ejemplo, son los modelos escandinavo, francés y anglosajón, en donde ya ha sido considerada la posibilidad de que la unión de hecho prospere entre dos personas del mismo sexo, tal como contempla la norma constitucional ecuatoriana.

El modelo escandinavo, concluye equiparando las relaciones heterosexuales y homosexuales. La ley de Registro de parejas de hecho de 23 de junio de 1994⁷⁴, da la posibilidad

⁷⁴ “Esta ley está encaminada a establecer la alternativa a dos personas del mismo sexo –no menores de 18 años, ni emparentados en línea ascendente o descendiente o hermanos de sangre– de solicitar el registro de su situación como pareja de hecho (Secc. 1.1), sólo si alguna de ellas es ciudadano sueco, domiciliado en Suecia (Cap. 1, Secc. 2). El registro deberá llevarse a cabo en presencia de testigos, estando ambas partes presentes ante el funcionario correspondiente quien les solicitará su consentimiento para declararlos inscritos como pareja. El funcionario del registro sólo puede ser un juez de primera instancia o aquél nombrado por el Gobierno Civil (Cap. 1, Secc. 8). El registro de la pareja de hecho tiene los

a que los homosexuales registren su relación, por medio de un procedimiento civil, por el que se les aplica sustancialmente la legislación matrimonial. En este modelo se mantienen las prohibiciones referentes a la relación de parejas homosexuales con menores.

En este caso el procedimiento, como podemos ver, ya se ha definido claramente, en tanto en cuanto se les aplica la legislación matrimonial. En el Ecuador esto aún no se ha visto, solo existen ciertas normas procedimentales y no un procedimiento único que vele por el derecho de defensa de las personas no casadas. Una evidencia de esta falta de tutela, se ve en el procedimiento para dar por terminada la unión de hecho, ya que como hemos observado en el análisis de la tesis, uno de los convivientes puede notificar al otro con la terminación de la relación sin que exista el derecho a la defensa del otro.

Sin embargo, el Ecuador, al no contemplar una ley específica tanto subjetiva como adjetiva para regular las relaciones entre personas del mismo sexo, se ha visto obligado a emplear normas de la institución matrimonial. En consecuencia, los jueces, notarios, funcionarios, magistrados, etc. aplican análoga y subjetivamente toda ésta normativa para las uniones de hecho homoafectivas.

Esto obviamente, dificulta la regularización civil de estas minorías, en vista de que los funcionarios pueden aplicar al arbitrio las normas que consideren pertinentes, así como también dejar de aplicar otras en virtud de falta de ley.

mismos efectos legales en Suecia que el matrimonio, excepto en lo que refiere a la disolución de la relación de pareja y a las condiciones de las Ordenanzas referentes a determinadas Relaciones Legales Internacionales en relación con el Matrimonio, Adopción y Tutela (Cap. 3, Secc. 1). Según esta ley, los miembros de una pareja inscrita no podrán, ni en común ni individualmente, adoptar niños, ni solicitar la guardia y custodia de un menor como tutores idóneos. No pueden serles aplicadas el Acta de Inseminación (1984:1140) y la de Fertilización (1988:711).”

Respecto a la regulación de la pareja de hecho, la legislación Noruega, a diferencia de otros países escandinavos, y del Ecuador, dio un salto enorme reconociendo la adopción por parejas del mismo género.

En resumen la legislación escandinava, ya ha creado normativa especial y particular que concede derechos a las parejas homosexuales, pero siempre y cuando exista un registro de ellas. (La legislación Noruega es la única que ha optado por la adopción, como derecho; con la finalidad de que exista una verdadera unión familiar.)

En el modelo francés, ya se concibe al concubinato como **“la unión de hecho entre dos personas, de igual o distinto sexo**, caracterizada por una comunidad de vida en pareja, que presenta los caracteres de estabilidad y continuidad”. Es decir, a diferencia del Ecuador, ya se deja expresamente dicho que la unión de hecho es “(...) entre dos personas, de igual o distinto sexo (...)”

En el modelo anglosajón, existen ciertos países que han determinado claramente la situación de la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Por ejemplo, en Holanda, existe una regulación expresa para las uniones de hecho que no solo le otorga efectos jurídicos a esta relación, sino que también permite convertir en matrimonio a tales uniones registradas.

En resumen, el Ecuador ha optado por regularizar las relaciones entre parejas del mismo sexo a través del artículo 68 de la Constitución del Ecuador, previendo que la unión de hecho sea entre **dos personas**, sin hacer distinción alguna respecto al sexo de los convivientes. Consecuentemente, este reconocimiento constituye un pilar gigantesco para la producción de mayor normativa que precautele los derechos de las minorías homoafectivas.

Sin embargo, la doctrina ecuatoriana y el código civil, no han evolucionado ni se han reformado, respectivamente. La acepción actual de “unión de hecho”, concebida en el código civil, es básicamente la misma a la anterior constitución ecuatoriana, entendiéndose esta como “la unión de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial (...)” Esto no puede pasar en

un país que es constitucionalmente protector de garantías, derechos y justicia. Se debe reformar el código civil.

El artículo 67 en concordancia con el artículo 68 de la Constitución, respectivamente, reconocen a la familia en sus diversos tipos y el derecho a formar una unión de hecho **entre dos personas del mismo sexo (las negrillas me pertenecen)**. La normativa solamente limita la adopción para estas parejas.

El artículo 68 garantiza el cumplimiento de los principios de igualdad, libertad y no discriminación, debiendo los jueces, magistrados, notarios, y toda persona que ejerza el derecho, velar por el fiel cumplimiento de la normativa constitucional.

El reconocimiento constitucional de la unión de hecho entre dos personas genera derechos, y consecuentemente que estas puedan ejercerlos.

Las instituciones jurídicas aplicables al matrimonio, también son aplicables a las uniones de hecho en razón de la ley y la Constitución.

Por ende, las reglas de la sociedad conyugal, el patrimonio familiar, la disolución de la sociedad y su liquidación se entenderán que son aplicables tanto para personas heterosexuales en unión de hecho como para aquellas personas homoafectivas que decidan formar unión de hecho, con excepción de las renuncia de gananciales a las que tienen derecho los cónyuges (Se entendería que una persona unida de hecho no podría renunciar a gananciales, puesto que tal renuncia no se encuentra prevista en el Art. 229 del Código Civil, por lo que no se equipararía a la relación de matrimonio). Algo muy importante hay que considerar es respecto a las capitulaciones matrimoniales.⁷⁵

⁷⁵ Al respecto cabe destacar que las personas que se encuentran en unión de hecho no pueden convenir en capitulaciones matrimoniales, pero si estipular en escritura pública un régimen económico distinto al de la sociedad de bienes, de acuerdo con lo previsto en el Art. 224 del Código Civil.

RECOMENDACIONES

A la luz de las palabras de Ana Lucia Herrera Aguirre, con quien comparto su postura, existe la necesidad de crear una **“ley de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversidad sexo genérico”**⁷⁶, en el contexto de la institucionalización de la Constitución.

Para esto, es necesaria que la ley en mención desarrolle doctrinalmente la aplicación del principio de igualdad así como también, dé cuenta del andamiaje institucional a partir de una lectura integral y sistemática de la Constitución 2008, que es el marco general en donde se inscribe la temática de género y su futura estructura interna.

De siempre hemos entendido al sexo como una condición natural, biológica; y al género, como construcción socio cultural. De ahí que debemos empezar por entender el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sabemos que nuestro derecho proviene claramente de las expresiones más puras del sistema de dominación masculino, por tanto, que nuestra legislación institucionaliza relaciones de poder. La normativa y jurisprudencia aun refleja todas las formas de discriminación contra las mujeres, sacralizando el carácter subalterno de lo femenino frente lo masculino.

En esta misma línea es que ha tomado fuerza la construcción de leyes igualitarias que reivindiquen el principio de igualdad y no discriminación. Así, en América Latina se han dictado leyes de igualdad, todas inspiradas y redactadas a la luz de la CEDAW⁷⁷, que expresamente en el

⁷⁶ HERRERA AGUIRRE, Ana Lucia. “Genero y Diversidades”. Revista de Derecho Constitucional No2. Diciembre 2012.

⁷⁷ CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS. DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

artículo 2, exige a los Estados Partes implementar el principio de igualdad en sus marcos constitucionales así como leyes internas en la materia.

Sin duda, lo importante es que ya la Constitución del Ecuador 2008 expresa enfáticamente el reconocimiento de los derechos como articuladores de un nuevo pacto social, dando un nuevo panorama a la realidad nacional.

Se han reconocido derechos reivindicativos para los grupos o minorías de género en aplicación con lo dispuesto en el artículo 156 de la Constitución del Ecuador.⁷⁸ Así tenemos las siguientes reformas que sin duda nos facilitarán la aplicación de las instituciones jurídicas del matrimonio a las uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, ya que sin duda el derecho hay que aplicarlo en contextualización con lo que ordena la Constitución actual del Ecuador; siendo deber de todo funcionario aplicar todas las normas que favorezcan los principios de no discriminación.

El artículo 11, número 2 de la Constitución ecuatoriana consagra expresamente la no discriminación por “identidad de género”, además de la no discriminación por orientación sexual, que ya estaba vigente. Con esta disposición se prohíbe discriminar a las personas por tener una identidad masculina, o por tener una identidad femenina. Se reconoce explícitamente que mujeres, hombres, personas “trans” tienen los mismos derechos.

⁷⁸ Constitución del Ecuador 2008. Art. 156.- Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno.

Así mismo, la Constitución del 2008, no sólo da el gran paso de incluir la categoría “identidad de género” y hacer un reconocimiento explícito de la obligación estatal de sancionar los actos discriminatorios que se perpetren por acción u omisión, sino que además, en la parte orgánica, establece la acción de protección; un mecanismo tutelar que permite efectivamente judicializar y sancionar los actos discriminatorios que se perpetren por acción u omisión contra ciudadanos transgénero.

El artículo 66, numeral 9, consagra el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual.

El artículo 66, numeral 11, recoge una dimensión específica del derecho a la intimidad. Permite el “derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular (...) datos referentes a su vida sexual, salvo por necesidades de atención médica”.

Art. 83, numeral 14.- Establece como obligación de las y los ecuatorianos, “Respetar y reconocer las diferencias (...) y la orientación e identidad sexual”.

Art. 66, numeral 28.- La Constitución consagra el derecho a la identidad en las siguientes dimensiones; “derecho a la identidad personal y colectiva” como derecho del libertad.

Art. 21.- “Derecho a construir y mantener su propia identidad cultural” como derecho cultural, incluida la libertad estética.

Art. 83, número 14.- Respeto y reconocimiento de la “identidad sexual” como deber de los ecuatorianos.

Adicionalmente, se logró que en el Art. 81 de la nueva Constitución se haga mención a los crímenes de odio y se prescriba constitucionalmente la obligación de crear legislación secundaria para sancionarlos; así como también, el artículo 77 numeral 14 en el que se dispone:

“La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios”.

De este modo, nos queda claro que los avances se están realizando conforme a los Convenios Internacionales respecto a la protección de los derechos humanos.

Por supuesto, que el avance tiene que ser sistemático y generalizado. Debe ser extremadamente consecuente, constante para lograr el objetivo que se quiere.

El Ecuador debe velar por establecer órganos responsables que aseguren la plena vigencia y el ejercicio de derechos humanos consagrados en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales.

De ahí que los famosos Consejos Nacionales para la Igualdad sean órganos efectivos y no entes meramente abstractos que simpaticen con políticas públicas obsoletas que puedan atentar contra la revolución positiva del marco constitucional y normativo.

“La ley de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversidad sexo genérico”, no solo que debe contemplar la equiparación e igualdad entre hombre y mujer, sino también la equiparación de género desde el ámbito legal. En otras palabras no es coherente, en nuestra realidad social, solamente hablar de normas heteronormativas⁷⁹, sino también de normas que estatuyan a las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres.

Desde este punto de vista, lo lógico es que las normas ecuatorianas en apego a la Constitución actual, amplíen el espectro en tanto a que la redacción de la legislación es meramente patriarcal. Con esto se lograría romper las **“fibras más sensibles del paradigma**

⁷⁹ CAICEDO TAPIA, Danilo. Análisis Discursivo general con énfasis en el entorno ecuatoriano. Revista de Derecho Constitucional No 2. Diciembre 2012.

patriarcal, como es la estructura familiar heterosexual, la propiedad y la tradición cultural,⁸⁰

Una vez que se rompa esta concepción de estructura familiar heterosexual, como en efecto está pasando en el Ecuador, las normas jerárquicamente subordinadas a la Constitución empiezan a tomar sentido.

Así por ejemplo la Constitución al reconocer los diversos tipos de familia, y la unión de hecho entre dos personas, rompe con el sistema de normas heteronormativas, respecto a las uniones de hecho heterosexuales, reconocidas través del Código Civil. La unión de hecho, es una forma de estructura familiar paralela al matrimonio, y que de conformidad con la Constitución puede ser conformada por cualquier miembro GLBTT. Consecuentemente, si aplicamos los principios de libertad, de igualdad, de no discriminación consagrados en la misma constitución, cualquier persona GLBTT estaría en el derecho de que un funcionario, cualquiera fuese este, vele por la aplicación de las garantías constitucionales en tutela de la persona que lo solicita.

En definitiva, esto sucedería con todas las instituciones jurídicas del matrimonio, que serán aplicadas análogamente, en concordancia con la Constitución, a las uniones de hecho heterosexuales como homosexuales. De ningún modo su aplicación estará sujeta a condiciones de arbitramiento de jueces o funcionarios públicos puesto que deben proceder con los principios y derechos reconocidos constitucionalmente.

A mi modo de ver, toda norma que transgreda la perfecta vigencia de los derechos constitucionales y principios universales tendrá como consecuencia su no aplicación..

Por tanto, los principios y derechos reconocidos en la Constitución son aplicables para evitar el desconocimiento de las instituciones que precautelan, justamente, los derechos de las personas. Existe reconocimiento para las personas GLBTT, en razón de la no discriminación de

⁸⁰ HERRERA AGUIRRE, Ana Lucia. “Genero y Diversidades”. Revista de Derecho Constitucional No2. Diciembre2012.Pag. 189.

género. La Constitución del Ecuador, consagra la posibilidad de que dos personas puedan constituir unión de hecho. Todo instrumento internacional, prevé la garantía de los derechos humanos, siendo el Ecuador suscriptor de estos convenios. No existe ley específica que regule las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Se debe garantizar los efectos económicos patrimoniales y afectivos de las uniones de hecho de parejas homosexuales. Existe norma expresa en el código civil, que dice “La unión estable y monogámica (...) que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, **generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio**, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal (...)” La ley es de carácter social dentro del derecho protectorio. Como siempre el legislador se olvidó de normar con exactitud el procedimiento, derechos y obligaciones de las personas que han decidido vivir bajo el régimen de la unión de hecho. Si bien es cierto que esta se asemeja a un matrimonio, su eficacia y validez jurídica es diferente. Toda vez que, las instituciones jurídicas del matrimonio son las únicas aplicables a las relaciones de uniones de hecho; concluimos finalmente que estas también deben ser aplicadas a las parejas del mismo sexo, con ciertas consideraciones.

En todo caso, debe darse en forma urgente un cambio a la normativa prevista en el Código Civil y procedimiento Civil, y de esta manera establecer un procedimiento específico para las parejas del mismo sexo.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS

DUQUE MARTINEZ, Ingrid. “Las Uniones Maritales de hecho y las Uniones de Parejas de mismo Sexo”. Aspectos de Demografía y Política Social de la Familia. Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 2002, Pagina 177.

SEGURA MUNGUIA, Santiago. “Diccionario por raíces del latín y de las voces derivadas”. Universidad de Deusto. Bilbao. 2007. Pág.24.

JIMENEZ DE AZUA, Luís. “Libertad de Amar y derecho a morir”. Editorial Historia Nueva. Madrid. 1926.

GARCIA FALCONI, José. “Los juicios de disolución de la Sociedad Conyugal y terminación de la unión de hecho”. Segunda edición. Quito 1992.

VALLEJO, Juan Álvaro. “La Unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre Compañeros Permanentes”. Editorial Dike. Edición 2001.

MARQUEZ, Raúl. “Concubinato”. Enciclopedia Jurídica Latinoamericana. Pág. 519.

A.KINSEY. “Sexual Behavior in the Human Male Saunders”. Philadelphia. 1948. Pág.610.

IGLESIAS. “Derecho Romano”. Ariel. Barcelona. 1997. Pag.563.

PARRAGUEZ, Luis. “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia.” Pág. 236.

ESPADA MALLORQUIN, Susana. “Los Derechos Sucesorios de las parejas de Hecho”. Primera Edición. Editorial Aranzadi. España 2007. Pág. 148.

DUQUE MARTINEZ, Ingrid. “Las Uniones Maritales de hecho y las Uniones de Parejas de mismo Sexo”. Aspectos de Demografía y Política Social de la Familia” Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá. 2002. Página 177.

LARREA HOLGUÍN, Juan. “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador.” Séptima edición actualizada. Volumen 1. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2005.

BIBLIA. Antiguo Testamento. Génesis 2. (20,23, 24). Pág.40

LAFONT PIANETTA, Pedro. “Derecho de Familia. Unión Marital de Hecho”. Colombia. Primera Edición 1992. Pág. 187

DEVIS ECHEANDIA, Hernando. Conferencia-Seminario de Actualización en Derecho de Familia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Octubre 28 a Noviembre 3 de 1991.

VALLEJO, Juan Álvaro. “La unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial entre compañeros permanentes”. Editorial Dike. 2001. Pag.93

FUEYO, Fernando. “Derecho Civil”. Valparaíso Chile. Tomo 6. Vol.2. Impreso y Lit. Universo 1959.

CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual.” Edición Maliasta. Tomo 3. Buenos Aires. Enero 1976.

SOMARRIVA UNDURAGA, “Manuel. Derecho de Familia.” Santiago de Chile. Pág.84.

LOPEZ, Flor Mariela. “El Régimen Patrimonial en el Matrimonio”. Tesis de Grado. Universidad de Colombia. Bogotá 194. Pág. 53

MANRIQUE RAMIREZ, Gilberto. “La Unión marital de Hecho.” Monografía. Bogotá. Facultad de Derecho. 1995. Pág.132-139.

GARCIA FALCONI, José. “Los juicios de disolución de la Sociedad Conyugal y Terminación de la Unión de Hecho”. Segunda edición. Quito 1992. Pág. 59.

AVILA SANTAMARIA. Ramiro. “Constitución del 2008 en el Contexto Andino”. Pág.42

NORMATIVA ECUATORIANA Y OTRAS

Constitución del Ecuador 2008, Registro Oficial No 449, del 20 de Octubre de 2008.

Constitución del Ecuador 1998, Registro Oficial No 1, del 11 de Octubre de 1998.

Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial No 737, del 03 de Enero de 2003.

Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58, del 12 de Julio de 2005.

Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 46, del 24 de Junio de 2005.

Ley 115, Decreto No 2636, RO No 621, del 4 de Julio de 1978.

Ley Notarial 2006-62, Registro Oficial No 406, del 28 de Noviembre de 2006.

Ley 99-944, de 15 de Noviembre de 1999, Registro No 265, de 16 Noviembre de 1999.
Respecto al Pacto de Solidaridad Civil Francés.

Ley No. 18.246 de Unión Concubinaria, Diario Oficial de Uruguay, del 10 de Enero del 2008.

INTERNET

INTERNATIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION (ILGA), Mapa Histórico actualizado al 2008. <http://www.ilga.org/countries.asp>. Consulta realizada el 11 de Noviembre del 2011.

COALITION TO SAVE MARRIAGE IN NEW YORK, “The case against same-sex Marriage and Civil Unions”. 21 de Enero de 2008.

<http://www.savemarriageny.org/The%20Case%20Against%20Samesex%20Marriage%20and%20Civil%20Unions.pdf>. Consulta realizada el 02 de Febrero del 2012

D. OTTOSSON. “Homofobia de estado”. Informe Internacional Gay and Lesbian Association-ILGA, año 2009, publicado el 15 de Mayo del 2009. <http://www.ilga.org>

<http://espacionicaragua.blogspot.com/2010/09/matrimonio-gay-y-union-de-hecho-en.html>.

Consulta realizada el 31 de Mayo del 2012.

PIEDRA, Pedro. “Uniones Gay ya son legales”.

<http://www.vistazo.com/ea/pais/?eImpresa=1009&id=2781>. Consulta realizada el 30 de Noviembre del 2011.

MERINO BARRERO, Byron Eduardo “Los Constituyentes Frente a la Limitación de Dominio del Patrimonio Familiar en la Legislación Civil Ecuatoriana”.

<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/344/1/Merino%20Byron%20AB0335.pdf>.

Consulta realizada el 22 de Mayo del 2012.

<http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-10.pdf>. Consulta realizada el día 31 de Mayo del 2012.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2502:uniaoacuten-de-hecho-y-sociedad-de-bienes&catid=28:derecho-civil&Itemid=420. Consulta realizada el 30 de Mayo del 2012.

<http://www.msinfo.info/default/acienpol/bases/biblo/texto/L-714/A-10.pdf>. Consulta realizada el día 31 de Mayo del 2012.

JOSEF, Jennifer. ILGA-ASIA. “A look at Key Gay-marriage laws in America”. ILGA 2010. Publicado el 04 de Octubre de 2010. <http://ilga.org/ilga/en/article/mDVxaAS18u>.

CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA. Case 147999, Marriage Cases Judicial Council CordinationProceeding.N.4365.

http://www.courtinfo.ca.gov/courts/supreme/highprofile/documents/amer_psychological_assn/amicus/curiae/brief.pdf.

C.I.D.H. “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No 18. Párrafo. 84.

C.PATTERSON. Children of lesbian and gay parents, “Current directions on pshycological science” (volume 15, issue 5, pp. 241-244). Blackwell Publishing, New York 1999.

M. WOLINSKY, “Tolerance and acceptance: Gay rights in Courts on Law and Public”, 19 del. Lawyer 13, 18 (2001).

UNDURRAGA VALDES, Verónica. Informe en derecho presentado en el recurso de queja interpuesto en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros.”, <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17026/17749>, Consulta realizada el 24 de Septiembre de 2012.